



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UnICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS - FAJS

MARCO AURÉLIO MONTEIRO DE CASTRO JÚNIOR

**A RECUSA DO INVESTIGADO AO EXAME PERICIAL DE DNA NAS AÇÕES
INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE**

Brasília

2013

MARCO AURÉLIO MONTEIRO DE CASTRO JÚNIOR

**A RECUSA DO INVESTIGADO AO EXAME PERICIAL DE DNA NAS AÇÕES
INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharel em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Flávio de Almeida Salles Júnior.

Brasília

2013

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio Monteiro de.

A recusa do investigado ao exame pericial de DNA nas ações investigatórias de paternidade / Marco Aurélio Monteiro de Castro Júnior. Brasília: UniCEUB, 2013.

73 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharel em Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Flávio de Almeida Salles Júnior.

MARCO AURÉLIO MONTEIRO DE CASTRO JÚNIOR

**A RECUSA DO INVESTIGADO AO EXAME PERICIAL DE DNA NAS AÇÕES
INVESTIGATÓRIAS DE PATERNIDADE**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharel em
Direito, da Faculdade de Ciências Jurídicas
e Sociais do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Prof. Flávio de Almeida Salles
Júnior.

Brasília, ____ de _____ de 2013.

Banca Examinadora

Prof. Flávio de Almeida Salles Júnior
Orientador

Examinador

Examinador

Primeiramente a Deus, pela força concedida para conclusão deste estudo.

Aos meus familiares, pela compreensão, suporte e incentivo durante todo o tempo.

Especialmente aos meus avós Vasco Manoel Gonçalves e Ronaldo Monteiro de Castro que tanto contribuíram antes mesmo do início desta graduação.

AGRADECIMENTOS

Minha gratidão ao Professor Flávio de Almeida Salles Júnior pelo auxílio, compreensão e dedicação, contribuindo para a conclusão do presente estudo.

LISTA DE SIGLAS

- Art. - Artigo
- CF - Constituição Federal
- CC - Código Civil
- ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente
- *HC* - *Habeas Corpus*
- REsp - Recurso Especial
- STF - Supremo Tribunal Federal
- STJ - Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

Neste trabalho será analisada a possibilidade do investigado nos processos de investigação de paternidade recusar a se submeter ao exame pericial de DNA, exame este relevante na determinação da origem genética. Serão apresentados temas atinentes ao objeto de estudo, como o instituto da família, a filiação, as formas de reconhecimento de paternidade ou maternidade e a ação de investigação de paternidade. Em especial, será feito o exame da doutrina e jurisprudência ao caso do investigado se recusar a realizar o exame pericial de DNA, que não deve ser considerado como única prova, absoluta ou incontestável, capaz de estabelecer o vínculo de paternidade. Na situação da recusa do investigado, e diante do conflito de direitos entre os envolvidos, poderá ser aplicada a presunção *juris tantum* de paternidade. Todavia, torna-se necessária a observância aspectos limitadores à aplicação da presunção relativa, de forma que não exista o conflito com outros princípios e garantias constitucionais. Ademais, será destacada a paternidade sócioafetiva nas relações de filiação, bem como ilustrada a possibilidade da impugnação da paternidade pelo filho reconhecido, sendo que mesmo que indiscutível a origem biológica, não se resume a paternidade ao parentesco consanguíneo.

Palavras-chave: Direito civil. Direito de Família. Reconhecimento de Filiação. Investigação de Paternidade. Provas. Recusa ao exame pericial de DNA.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 O DIREITO DE FAMÍLIA, A FILIAÇÃO E A PATERNIDADE	11
1.1 Do conceito de Família.....	11
1.2 Do Direito de Família.....	12
1.3 Do parentesco	13
1.4 Da filiação.....	14
1.5 Dos tipos de filiação no ordenamento jurídico brasileiro	16
1.6 Dos princípios atinentes à filiação	18
1.7 Da paternidade e do poder familiar	20
2 AS FORMAS DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO.....	23
2.1 Da Presunção Legal <i>Pater is Est</i>	23
2.2 Do reconhecimento do estado de filiação.....	26
2.2.1 Do reconhecimento voluntário.....	28
2.2.2 Da ação investigatória de paternidade	33
3 AS PROVAS NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.....	37
3.1 Da prova indiciária e testemunhal	37
3.2 Do Exame de DNA	41
3.3 Do contexto pré-DNA e pós-DNA.....	42
3.4 Da obrigatoriedade.....	44
4 A RECUSA DO INVESTIGADO NO EXAME DE DNA.....	47
4.1 Dos princípios constitucionais envolvidos	47
4.2 Da presunção <i>juris tantum</i>	49
4.3 Da paternidade sócio-afetiva e a ação investigatória de paternidade	54
4.4 Da possibilidade de impugnação ao reconhecimento	57
CONCLUSÕES	62
REFERÊNCIAS.....	65
ANEXO - PRECEDENTES DA SÚMULA Nº 301 DO STJ	68

INTRODUÇÃO

Neste presente trabalho, é analisada a possibilidade do investigado, nos processos de investigação de paternidade, recusar a se submeter ao exame pericial de DNA, exame este que determina com um maior grau de certeza a vinculação genética. Neste enfoque, será apresentada a paternidade sócioafetiva e sua relevância nas relações familiares de filiação.

Preliminarmente, é necessário observar conceitos atinentes ao tema, como o instituto da família e o Direito de Família, e também as relações de parentesco e a filiação, cujos vínculos resultam em efeitos na esfera jurídica. Da mesma maneira, serão apresentados os princípios aplicáveis e as formas de filiação previstas no Código Civil, avançando-se assim para uma análise à relação de paternidade.

Será acentuada a presunção legal de paternidade, disposta no Código Civil, bem como os modos de reconhecimento de filiação, seja o reconhecimento por espontaneidade do pai, elencados no artigo 1.609 do mesmo código, ou em razão de decisão judicial nas ações investigatórias de paternidade. De forma que, será demonstrada a evolução dessas demandas judiciais no âmbito do Direito de Família brasileiro, com marco referencial na Constituição Federal de 1988.

Além disso, serão exploradas as provas indiciárias e testemunhais possíveis nos processos de investigação de paternidade, alçando-se então o exame pericial de DNA. Neste âmbito, e ponderando tratar-se de prova moderna importantíssima e com impacto relevante nas demandas de Direito de Família, deve-se explicitar o contexto da eclosão desse meio probatório nos processos de investigação de paternidade, assim como o questionamento sobre a sua obrigatoriedade.

Nesta temática e havendo a recusa do investigado para a realização do exame pericial de DNA, analisa-se o conflito de direitos dos envolvidos, como direitos inerentes à identidade genética e à intangibilidade corporal. Ao caso, será mostrada a interpretação do poder judiciário que não impõe a obrigação ao

fornecimento de material genético para realização do exame, mas presume a paternidade se o pretense pai se recusar a fornecê-lo.

Com a edição do Código Civil de 2002, os artigos 231 e 232 influíram diretamente na hipótese da recusa ao exame pericial de DNA, decorrendo da aplicação dos artigos na inversão do ônus da prova, tal como a formação de prova indireta em desfavor do investigado. E, seguindo o entendimento, com fundamento em sete precedentes, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de súmula nº 301 aduzindo que a recusa do investigado em submeter-se ao exame pericial induz presunção relativa de paternidade.

Contudo, e examinando-se alguns dos julgados precedentes da súmula enunciada, será demonstrado que devem ser observados limites à aplicação do entendimento da presunção *juris tantum* no caso concreto. Além do mais, será destacada a paternidade sócioafetiva, resultante das relações familiares sócioafetivas e alicerçada na proteção garantidora do Direito de Família atual.

Por fim, será suscitada a possibilidade da impugnação da paternidade pelo filho reconhecido, de modo que mesmo indiscutível a origem biológica, o direito de filiação não é obrigatório. Destarte, deve ser inerente às relações de paternidade o afeto entre os envolvidos, garantindo o ordenamento jurídico o reexame do estado de filiação e a tutela da liberdade individual dos envolvidos.

1 O DIREITO DE FAMÍLIA, A FILIAÇÃO E A PATERNIDADE

1.1 Do conceito de Família

A conceituação do que seja família revela, em sua análise, um paradoxo a ser compreendido. De plano, constitui-se como uma organização social entre indivíduos com vínculo natural em comum. Contudo, destaca-se as diferentes formas de interpretação conceitual, seja nos campos de estudo da História, da Sociologia, da Antropologia ou do Direito¹.

Por conseguinte, no plano de estudo do Direito, diversas são as conceituações sobre o que vem a ser a família. No passado, definia-se em função apenas de fatores biológicos. Todavia, com a evolução natural da sociedade e, consequentemente, os avanços normativos, esses fatores foram substituídos por vínculos também de afeição. Assim, se considera família como um conjunto de indivíduos ligados por um vínculo jurídico de caráter familiar². Em sentido *lato sensu*, abrange a ligação de todas as pessoas que por vínculo sanguíneo comum procedem de um mesmo tronco ancestral ou são unidas por afinidade ou adoção³.

Em destaque a amplitude de conceitos de família, ensina Pontes de Miranda⁴:

“Ainda modernamente, há multiplicidade de conceitos da expressão “família”. Ora significa o conjunto das pessoas que descendem de tronco ancestral comum, tanto quanto essa ascendência se conserva na memória dos descendentes, ou nos arquivos, ou na memória dos estranhos; ora o conjunto de pessoas ligadas a alguém, ou a um casal, pelos laços de consanguinidade ou de parentesco civil; ora o conjunto das mesmas pessoas mais os fins apontados por lei; ora o marido e mulher, descendentes e adotados; ora, finalmente, marido, mulher e parentes sucessíveis de um e de outra.”

Mais que um simples conjunto de pessoas que descendem de um tronco ancestral comum, é também uma instituição de conteúdo moral, sociológico e biológico, em que os sujeitos se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência. E nesse contexto, deve o

¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6, p.2.

² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6, p.2.

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.17.

⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. VII, p.245.

Estado respeitá-la e protegê-la como um dos pilares da ordem jurídica⁵. Assim se observa na evolução das normas que regulam as relações familiares, observando-se que além de ser havida como célula básica da sociedade, a família passou a receber tratamento especial de preservação, com a devida tutela à dignidade nas relações familiares⁶.

1.2 Do Direito de Família

Na organização da família, atuam normas heterônomas, impostas pelo próprio ordenamento jurídico, outras de caráter autônomo, criadas e assimiladas nas esferas da moral e religião, e regras de trato social. A interferência do Estado na organização da família visa, primeiramente, à justiça nas relações interindividuais e ao estabelecimento de proteção e força às suas próprias instituições⁷.

Não obstante, o Direito de Família, ramo do direito civil com características peculiares, pode ser definido de diversas formas. Sobre sua essência, define Silvio de Salvo Venosa⁸:

“É o conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social.”

Considerando ainda o conceito de Direito de Família no aspecto objetivo, é o sub-ramo do Direito Civil que dispõe sobre as entidades formadas por vínculos de parentescos ou por pessoas naturais que se propõem a compartilhar entre si interesses afetivos e assistenciais em comum. Já em relação ao seu aspecto subjetivo, se traduz nos poderes conferidos pela ordem jurídica aos membros da sociedade familiar⁹.

De certa maneira, é a família uma realidade sociológica e que constitui a base do Estado, núcleo fundamental e necessário que merece ampla

⁵ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p.8.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.9.

⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p.8.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6, p.10.

⁹ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p.19.

proteção estatal. Sua natureza jurídica, para a doutrina majoritária, é a de instituição, e como tal, possui características singulares¹⁰. De forma mais extensa, a família pode ser interpretada como um grupo étnico, intermediário entre o indivíduo e o Estado de Direito¹¹.

1.3 Do parentesco

Cabe ainda acrescentar sobre o estado de família, posição e qualificação que ocupa o sujeito no âmbito da entidade familiar¹². Tal estado constitui um dos critérios de identificação para a atribuição de direitos e deveres da pessoa qualificada no âmbito familiar, seja em razão da entidade familiar, do parentesco ou da afinidade¹³. Visto que, o parentesco, segundo o clássico doutrinador Pontes de Miranda¹⁴:

“É a relação que vincula entre si indivíduos que descendem um dos outros ou de pessoa comum. Ainda, é também a relação que aproxima cada um dos cônjuges dos parentes do outro e aquela que se estabelece, por *fictio iuris*, entre as partes de uma adoção.”

De outro modo, caracteriza-se como liame de natureza familiar, que acarreta na produção de inúmeros efeitos jurídicos¹⁵. Com efeito, está disposto no artigo 1.593 do Código Civil¹⁶:

“Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.”

Quando se denomina que o parentesco é consanguíneo ou natural, pretende-se destacar que a relação tem por pressuposto fático a transmissão da herança genética. Mas, distingue-se do civil, em que não se verifica tal transmissão¹⁷.

¹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6, p.8.

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.18.

¹² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6, p.216.

¹³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p.296.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. VII, p.21.

¹⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6, p.215.

¹⁶ BRASIL, *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5, p.28.

1.4 Da filiação

O conhecimento de tal relação permite a atribuição de efeitos normativos, tais como direitos e obrigações recíprocos entre parentes, a exemplo do direito à sucessão e alimentos. Ou ainda, a disposição de proibição com fundamento na existência, como a não permissão do casamento de parentes na linha reta e em certo grau uns com os outros. Sendo que também tem o parentesco influência em outros ramos do Direito Civil, como o Direito Processual ou Direito Eleitoral¹⁸.

Dessa forma, a filiação, do ponto de vista parental, pode ser definida como¹⁹:

“A relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, cuja ligação correlaciona uma pessoa àquelas que a conceberam ou a receberam como se fossem seus genitores é denominado de filiação.”

Outrossim, a filiação é o vínculo jurídico que une o filho aos seus pais, constituindo uma relação de parentesco estabelecida por lei entre o descendente e seu ascendente de primeiro grau, podendo ser ou não por critério biológico²⁰. Isto posto, compreende-se em todas as relações jurídicas, e respectivamente sua formação, alteração e cessação, cujos sujeitos são os pais em relação aos seus filhos²¹.

Neste plano, o tradicional conceito de filiação, fundado estritamente sobre as relações de ascendência e descendência biológicas, foi superado pelo Direito de Família. Também, deixou-se de se estabelecer regras diferenciadas em relação às diferentes modalidades de filiação, em que de certa forma violava os princípios da isonomia e da não-discriminação preceituados no Estado de Direito.

No Código Civil de 1916, estabelecia-se uma distinção entre filhos legítimos, aqueles nascidos de casal unidos pelo casamento, e ilegítimos cujos genitores não estavam casados ao seu nascimento. Esta última categoria, dos ilegítimos, eram ainda classificados em naturais, quando gerados por homem e mulher entre os quais não existisse impedimento matrimonial, e espúrios, nascidos

¹⁸ GOMES, Orlando. *Direito de família*; 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.311.

¹⁹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*; v. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6, p. 297.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.8.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6, p.216.

de genitores que possuíam impedimento de se casarem à época da concepção. E ainda, caso o impedimento decorresse da existência de casamento anteriores de um dos genitores ou à violação por um desses, eram tidos os filhos como adulterinos.

Contudo, com o tempo, modificou-se esta visão legislativa. Inicialmente, com o Decreto-Lei nº 4.737/1942, que veio a permitir o reconhecimento dos filhos de cônjuges desquitados. Posteriormente, a Lei nº 833/1949, de ordem pública, permitiu que qualquer um dos cônjuges, após extinção do casamento, pudesse reconhecer o filho havido fora deste, admitindo ainda o direito deste filho à ação do reconhecimento de filiação. Mas, problematizava-se que apenas com o casamento dissolvido, o filho havido fora do casamento poderia reconhecer sua filiação. Nesta evolução, a Lei nº 6.515/1977 acrescentou que na vigência do casamento, o filho havido fora deste poderia obter o seu reconhecimento por testamento cerrado, não alicerçando até aquele momento o direito do reconhecimento da filiação sem discriminação.

Não obstante, o marco nas relações de filiação no Direito de Família brasileiro veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que proibiu expressamente quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Assim, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da afetividade passarão a serem fundamentos do estado de filiação²².

Neste plano, todos os filhos, independentemente de sua origem e em virtude da proteção ao instituto da família, base do Estado Democrático de Direito, têm assegurados uma série de direitos, como disposto pelo artigo 227 da Constituição Federal de 1988 alterado pela Emenda Constitucional nº 65/2010²³:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)”

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.354-358.

²³ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010*. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Incorporou-se a essência da relação de filiação, qual seja uma construção cultural, que resulta da convivência familiar e dos laços travados entre o indivíduo e seu núcleo familiar, independentemente da forma que este núcleo assumia²⁴.

Deste modo, define-se o estado de filiação, em um conceito relacional, como uma qualificação jurídica da relação de parentesco entre o pai e filho, que compreende em um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados²⁵. Socialmente, é uma posição que alguém ocupa em um núcleo familiar, independentemente da origem, em que se recebe daqueles que exercem a função paterna e materna valores morais, éticos e religiosos, em razão da formação e desenvolvimento da personalidade²⁶.

1.5 Dos tipos de filiação no ordenamento jurídico brasileiro

Como resta demonstrado, a ordem jurídica evoluiu no sentido de reconhecer a importância do direito à convivência familiar. Isto porque modificou a visão patrimonialista da família e modificou a figura da criança, transformando-a em um sujeito de direito, titular de direitos e obrigações. Logo, paralelamente à entidade familiar, a filiação passou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial, não apenas interessando a origem da filiação, e sim sua constituição²⁷.

Em face de uma grande reconstituição dos institutos civis pela Constituição Federal de 1988, à visão de filiação associou a de instrumento de garantia para o perfeito e pleno desenvolvimento da personalidade humana dos

²⁴ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p.87.

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.216.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.9.

²⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.354.

indivíduos²⁸. Sobre o tema, com finalidade meramente acadêmica de modo a delimitar a extensão do conceito de filiação, considerando que os direitos e deveres associados aos envolvidos são idênticos em ambas as formas, a doutrina classificou a filiação em quatro tipos: por consanguinidade ou biológica, por adoção, por inseminação artificial heteróloga e a filiação socioafetiva²⁹.

A filiação é biológica quando o filho, naturalmente, possui os caracteres genéticos transmitidos por seus genitores. Assim, e durante muito tempo, foi a única forma de filiação que era reconhecida pelo ordenamento jurídico. Por sua vez, a filiação não biológica, como a adotiva e socioafetiva, compreendem aquelas em que os gametas não foram fornecidos pelas pessoas identificadas como pai ou mãe no registro de nascimento³⁰.

Em relação à filiação estabelecida pela adoção, há um vínculo estabelecido por sentença judicial, entre pessoas que não de mesma origem genética, que em sua essência visa atribuir o estado de filho a alguém, inserindo-o em um núcleo familiar e atribuindo-lhe sua condição plena, inclusive quanto a direitos e deveres. Suas condições e requisitos para validade e eficácia estão compreendidos nos artigos 1.618 ao 1.629 do Código Civil, destacando-se para o fato de que a dissolução dos vínculos anteriores implica a impossibilidade de se legitimar qualquer intervenção dos pais consanguíneos no desenvolvimento do adotado, demonstrando-se a primazia do melhor interesse à criança e ao adolescente³¹.

Já a filiação em decorrência de inseminação artificial heteróloga, resultado do avanço de técnicas biológicas, é aquela em que o filho é fruto da fecundação de um gameta doado por pessoa estranha à relação com um dos gametas do casal, seja ele o homem ou a mulher. Geralmente, este tipo de técnica de inseminação é utilizado quando o homem ou a mulher não podem naturalmente conceberem um filho juntos. Nesta forma de reprodução humana, geralmente observa-se a questão do anonimato dos doadores e receptores, de forma a garantir

²⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p.85.

²⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.221.

³⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5, p.164.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.15-16.

que não haja relação afetiva entre o doador e a criança, perturbando-se assim o ambiente familiar inicial³².

Por fim, no tocante à última modalidade de filiação, qual seja a socioafetiva, prevista no Código Civil em seu artigo 1.593 ao dispor que serão considerados vínculos de parentesco resultantes de “outra origem”, é aquela em que a atribuição do estado de paternidade independe da relação genética entre os envolvidos, mas se dá pela existência de vínculos afetivos nas relações familiares exteriorizadas na vida social. Forma-se assim o vínculo de pai e filho, em que há o reconhecimento pelo próprio Direito do afeto existente nas relações familiares, valorado como valor jurídico e formador do núcleo familiar³³.

Sendo assim, e considerando a evolução do direito de família no Brasil, percebe-se a predominância da filiação socioafetiva, assim entendida como a que se constitui no âmbito da convivência familiar, e não mais aquela que apenas é originada por vínculo biológico. Ademais, está presente nas relações familiares socioafetivas, e não mais aquelas de caráter patrimonial ou biológico, o princípio constitucional da afetividade, previsto nos artigos 226 e artigo 227 da Constituição Federal de 1988, bem como concretizado no artigo 1593 do Código Civil. Princípio que não deve ser confundido com o afeto, como fato psicológico ou anímico, mas um dever imposto aos pais em relação aos filhos, fundamentando as relações estabelecidas em um âmbito familiar³⁴.

1.6 Dos princípios atinentes à filiação

De igual forma, os princípios consolidados na Constituição Federal que regem o Direito de Família não se distanciam da atual concepção de família e filiação, ao passo que são protegidos como cláusula substancial. Dentre os princípios constitucionais atinentes à filiação, destacam-se: o princípio da dignidade humana, da igualdade, do melhor interesse do menor e o da paternidade responsável.

³² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.224-225.

³³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p.95.

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.232.

Sobre o princípio maior da dignidade humana, fonte no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, fundamento primordial de toda a ordem constitucional e princípio base desencadeador de outros princípios na formação familiar, traz não só valores normativos a exemplo da solidificação dos direitos humanos, mas um conteúdo axiológico, no sentido que envolve tanto a vida como a liberdade do ser humano em todos os aspectos, caracterizando atributo essencial ao indivíduo e sua inserção na família e sociedade³⁵. Discorre o civilista Paulo Luiz Netto Lôbo³⁶:

“A constituição proclama como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica “a dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III). No capítulo destinado à família, o princípio fundamenta as normas que cristalizaram a emancipação de seus membros, ficando explicitados em algumas (arts. 226, § 7º; 227, *caput*, e 230). A família, tutelada pela Constituição, está funcionalizada ao desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que a integram. A entidade familiar não é tutelada para si, se não como instrumento de realização existencial de seus membros.”

Nessa acepção, o núcleo familiar é o próprio fim da difusão do estado de bem-estar e asserção do ser humano. Visto que, facilmente se percebe tal princípio no ato do reconhecimento do estado de filiação e no estabelecimento das relações familiares.

O princípio da igualdade, seja ela entre homens e mulheres, entre filhos, entre entidades familiares ou distinção de quaisquer natureza, normatizado na Constituição Federal de 1988, modificou substancialmente o direito de família. Isto, pois, introduziu a relação de igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges no âmbito familiar, bem como consolidou a vedação a qualquer conotação discriminatória quanto à origem do filho, seja ele classificado como legítimo ou ilegítimo e adotivo que expressava o Código Civil anterior³⁷. Desta forma, os direitos do filho passaram a existir decorrentes do simples fato da filiação, e não mais em relação à natureza ou forma do estado de filiação.

O princípio do melhor interesse do filho institui que frente a determinada situação fática, é necessário a observação de melhores condições ao desenvolvimento do filho. Deste modo, atrela-se à própria formação do caráter e da

³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.22.

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.62

³⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.354.

personalidade do filho no âmbito familiar, visando garantir o desenvolvimento pleno dos direitos da personalidade do menor e nortear soluções nas de questões conflitivas oriundas da separação ou divórcio dos pais³⁸. Ressalta Paulo Luiz Netto Lôbo³⁹:

“O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.”

Acrescenta-se que decorre ainda não só do comando constitucional (artigo 227, *caput*), mas de normas estabelecidas no Código Civil (artigos 1.583 e 1.584) e na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Enfim, quanto ao princípio da paternidade responsável, o texto constitucional traz a orientação de que aos chefes do núcleo familiar compete o livre planejamento sobre a quantidade e a forma com que os filhos serão recebidos no recinto familiar. Assim, é responsabilidade de ambos os genitores, cônjuges ou companheiros o livre planejamento familiar, mas com responsabilidade, devendo proporcionar condições mínimas necessárias ao correto desenvolvimento dos seus filhos. Parte-se dos pressupostos instituídos pelos princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade e igualdade.

1.7 Da paternidade e do poder familiar

Assim sendo, a paternidade, em sentido estrito, é a relação jurídica de direitos e deveres que vincula o pai ao seu filho, seja ele genitor ou não. Entretanto, na ordem jurídica, muitas vezes se designa por paternidade, num sentido mais amplo, tanto a paternidade, propriamente dita, quanto a maternidade. Exemplo disto, quando a Constituição Federal consagra a paternidade responsável no artigo 226, parágrafo 7º⁴⁰.

³⁸ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.23.

³⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.75.

⁴⁰ GONÇALVES, Helena de Toledo. *A súmula 301 do STJ e seus precedentes*. Revista Processo, São Paulo, v. 30, n. 129, p.75-80, nov. 2005.

No que tange à paternidade, demonstra-se que não é apenas o dever da prestação dos alimentos ou a causa de partilha de bens hereditários, mas uma participação no processo de desenvolvimento da pessoa envolvida, de fundamental importância no processo de constituição de sua singularidade como ser humano. De outro modo, não basta aos filhos prover alimentos e deixá-los crescerem à lei da natureza, mas educá-los e orientá-los durante o processo de formação⁴¹.

Nesse sentido, há o poder familiar, conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação aos seus filhos menores, exercido em igualdade de condições, para que possam os pais desempenharem os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho⁴². O exercício desse poder-dever pressupõe o cuidado do pai e da mãe no âmbito familiar no que tange a seus filhos, zelando pelo futuro do filho e influenciando diretamente no processo de sua formação como ser humano⁴³. Tal poder é imprescritível, no sentido de que dele o genitor não decai pelo fato de não exercitá-lo, irrenunciável e indelegável, não podendo os genitores dispor ou transferi-los a alguém, e por fim inalienável, não podendo ser objeto de transferência pelos pais a outros a título gratuito.

Como exposto, em virtude do princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, os direitos e deveres referentes ao poder familiar serão exercidos de igual forma entre o homem e a mulher, não havendo aquela distinção prevista no anterior Código Civil sobre o “chefe da sociedade conjugal”. Frisa-se que devem ainda ambos os pais exercerem o poder familiar em um ambiente de compreensão e entendimento, propiciando condições favoráveis à vivência do menor. Sobre os direitos e deveres dos pais quanto à pessoa dos filhos, disciplina de forma concisa o artigo 1.634 do Código Civil⁴⁴:

“Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
I - dirigir-lhes a criação e educação;
II - tê-los em sua companhia e guarda;

⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.304.

⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.564-565.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6, p.303-304.

⁴⁴ BRASIL, *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

Embora as hipóteses elencadas não demonstram o novo universo de deveres configurados aos institutos pela Constituição Federal de 1988, expressos principalmente no artigo 227 e 229⁴⁵, se evidencia que é atribuição dos pais, além do provimento do sustento, dirigir a criação e educação dos seus filhos, protegê-los enquanto mais vulneráveis e prepará-los para aptidão na sociedade atual⁴⁶. Tão importância tem o poder familiar, que o ordenamento jurídico admite a sua suspensão, seja em razão de abuso do poder dos pais e ausência de alguns dos seus deveres, bem como a sua destituição, sendo a sanção mais grave aos pais que praticam qualquer um dos atos que a justificam, a exemplo de casos de abandono, castigos imoderados e a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes⁴⁷.

Considerando ainda a responsabilidade dos detentores do poder familiar, importante a citação da conclusão da civilista Giselda Hironaka⁴⁸:

“Hoje, as relações de afeto parece que caminham à frente nos projetos familiares e, por isso, conduzem à assunção da responsabilidade pela constituição das famílias, bem assim como podem conduzir à interrupção do casamento ou da união estável, garantindo a cada um dos seus membros, em princípio, o direito à recuperação ou reformulação do seu projeto pessoal de felicidade, mantida a responsabilidade original, em face daqueles que ainda se encontram em liame de dependência.”

Logo, o exercício da paternidade ou maternidade não exclusivamente se limita à geração ou criação do filho. É uma experiência enriquecedora para ambos, ao passo que há uma cooperação de vivência, conhecimento, obrigações e realizações entre os pais e filhos⁴⁹.

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.302 .

⁴⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6, p.303.

⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.570.

⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.22.

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5, p.158-159.

2 AS FORMAS DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO

A natureza do reconhecimento de filiação, como já apontado, foi alterada significativamente nos últimos anos. O direito, ao tempo que individualizava aqueles filhos que eram concebidos fora do casamento, arquitetou-se em uma nova modalidade. Assim, quando a partir de 1977, com a Lei nº 6.515/1977, admitiu-se na legislação brasileira que poderia o pai casado reconhecer como filho seu em testamento cerrado aquele que tivera fora do casamento, deixando-se de optar pela arcaica preservação da família legítima em decorrência do direito do filho à paternidade.

A Constituição Federal de 1988 encerrou as modalidades discriminatórias de filiação e determinou que todos os filhos, independentemente de sua origem, possuem igualdade de direitos, não se admitindo qualificações distintas nem restrições ao reconhecimento⁵⁰. De outra maneira, qualquer que seja a forma de filiação, será o filho reconhecido equiparado aos demais, estabelecendo-se o vínculo jurídico entre ele e seus pais. E, no que concerne ao reconhecimento, indispensável a demonstração de conceitos relevantes previstos no ordenamento jurídico.

2.1 Da Presunção Legal *Pater is Est*

O Código Civil optou pela utilização de um sistema de presunções com a finalidade de reconhecer a filiação, deduzindo-se assim de determinado fato certo para a prova de um fato desconhecido. Desta forma, a prova da existência do vínculo biológico nas ações de reconhecimento, na legislação civil anterior, guiava-se por meio de presunções legais.

Em virtude desta aplicação, presumia-se a paternidade se enquadrada dentro das hipóteses enumeradas na legislação civil. Sobre o assunto, destaca Sílvio Rodrigues⁵¹:

“Tal presunção, além de se basear naquilo que habitualmente acontece, *quod plerimque accidit*, impõe-se por razões de ordem social altamente convenientes. Com efeito, milita em favor da estabilidade e da segurança da

⁵⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.217.

⁵¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*; v. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6, p.30.

família, pois evita que se atribua prole adulterina à mulher casada e se introduza, desnecessariamente, na vida familiar, o receio da imputação de infidelidade.”

Contudo, estas presunções legais não podem ser interpretadas como caráter absoluto, *juris et de jure*, como já se fez no Direito de Família. No atual ordenamento jurídico, resta demonstrado o seu caráter relativo (*juris tantum*), podendo ser elidida no sentido de que se admite modos de prova em contrário.

O Código Civil mantém o sistema de presunções de paternidade aos filhos havidos na constância do casamento previsto no código anterior, mas promoveu uma ampliação desse sistema, passando a presunção de paternidade a não só incidir quanto aos filhos havidos por relações sexuais no casamento, mas alcançando também os filhos oriundos de fecundação artificial assistida⁵². Desta forma, está disposto no artigo 1.597⁵³:

“Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

As duas primeiras formas de presunção de paternidade, em razão do nascimento do filho dentro de um determinado lapso temporal quanto às relações conjugais, fundam-se no princípio da probabilidade e estabelecem períodos mínimos e máximos sobre uma provável gestação. Tais prazos, à época da edição do Código Civil de 1916, teriam sido estabelecidos por não apresentar o campo científico uma melhor solução.

Porquanto o casamento gera a presunção da paternidade, supondo a lei que a mulher apenas tem relações sexuais com seu cônjuge, existindo fidelidade. Importante realçar que a contagem do prazo se inicia com a convivência conjugal, e não com a celebração do matrimônio. Por igual, a presunção perdura

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.48-49.

⁵³ BRASIL, *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

mesmo depois da extinção do casamento, mantendo-se pelo prazo de trezentos dias.

No que concerne às outras formas de presunção de filiação estabelecidas nos incisos III, IV e V do aludido artigo, estão estas vinculadas diretamente à reprodução assistida. Destaca a doutrina majoritária que estas hipóteses, considerando tais formas de presunção, restaram adequadas aos avanços científicos ocorridos nesta área⁵⁴.

Sobre a presunção de paternidade na fertilização homóloga, inicialmente se destaca que a fecundação, entendida como a fertilização do óvulo da esposa pelo espermatozoide do marido, se dá com o material genético do casal que é colhido com o consenso recíproco. Prevê também a legislação civil a possibilidade da fecundação ou inseminação artificial *post mortem*, realizada com o embrião ou sêmen congelado, após a morte do doador por meio de técnicas científicas.

Contudo, como a norma não faz referência à necessidade de prévia autorização do falecido para a realização do procedimento ou se a mulher em quem se implantará deve manter a condição de viúva, já entendia a doutrina no sentido de se exigir, para a incidência da presunção de paternidade, que a mulher esteja no estado de viuvez e exista autorização expressa do marido para utilização do seu material genético. Assim, na Jornada de Direito Civil realizada no Superior Tribunal de Justiça no mês de junho de 2002, consolidou-se tal entendimento.⁵⁵

Outra forma de presunção de filiação por fecundação homóloga é a prevista no inciso IV do artigo 1.597 do Código Civil, que trata dos chamados embriões excedentários, aqueles que resultam de técnicas de procriação assistida não implantados no útero da mulher e armazenados em instituições especializadas⁵⁶. Segundo o artigo 5º da Lei de Biossegurança, tais embriões serão preservados pelo prazo mínimo de três anos, se outro maior não foi convencionado contratualmente pelas partes envolvidas. Durante tal lapso de tempo, os genitores poderão ter interesse em realizar uma nova fecundação, utilizando-se o embrião

⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.307-310.

⁵⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.29.

⁵⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.222-223.

remanescente, configurando assim a presunção da paternidade nestes casos. E quanto ao descarte, estabelece a legislação brasileira o prazo de três anos, por meio da Lei Nº 11.105/05, através do qual se encaminhará estes embriões para pesquisas com células-tronco⁵⁷.

Ao final das hipóteses de presunção de filiação, a lei também inclui os filhos havidos por inseminação heteróloga (entenda-se aquela que se utiliza material genético de terceiro) desde que haja a expressa autorização do marido. Ademais, a autorização é de fundamental importância, estabelecendo-se com ela o princípio de segurança das relações jurídicas diante do compromisso entre os cônjuges de assumir a paternidade ou maternidade, prevalecendo-se o elemento institucional e não biológico⁵⁸.

De outra forma, ao se impugnar a fecundação heteróloga consentida, estará um dos consortes agindo de forma desleal, uma vez que houve a deliberação comum dos cônjuges ao decidir pelo nascimento do filho⁵⁹. Funciona assim a anuência como uma espécie de reconhecimento prévio de filho, esvaziando-se o conteúdo biológico da filiação e consubstanciando seu caráter sócio-afetivo, não admitindo contra-prova na determinação do estado filiatório⁶⁰.

2.2 Do reconhecimento do estado de filiação

O reconhecimento é o ato pelo qual se entabula uma relação de parentesco entre pai, mãe e filho⁶¹, estabelecendo-se um vínculo de parentesco em primeiro grau na linha reta, declarando-se a condição de pai ou mãe da pessoa nascida.

De outro modo, apresenta-se o reconhecimento dos filhos como um mecanismo de determinação da relação do parentesco nos casos não alcançados

⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.48.

⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.311-312.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.465-466.

⁶⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.48

⁶¹ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*; v. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6, p.317.

pela presunção de paternidade prevista no artigo 1.597 do Código Civil, que gera reciprocamente direitos e deveres entre os envolvidos⁶². É ainda o reconhecimento de interesse direto tanto dos filhos como das famílias, implicando na regularização do registro civil e na atribuição de direitos e deveres decorrentes da filiação, bem como proporcionando a composição fática e jurídica da estrutura familiar social.

Ressalte que a doutrina identifica três requisitos básicos no ato de reconhecimento do estado de filiação, quais sejam: subjetivo, formal e objetivo. Subjetivo no sentido da existência do indivíduo que compõe o nexo do reconhecimento. Já a forma, a maneira de como se é reconhecida a filiação, seja pelo registro civil, por escritura pública ou particular, por testamento ou manifestação expressa do juiz. E ao fim, o requisito objetivo, qual seja a atribuição da posição familiar de filho⁶³.

Assim, o reconhecimento tem a função de estabelecer e assegurar ao filho o direito da paternidade e maternidade. Poderá ser realizado de dois modos distintos: voluntário ou coercitivo (por decisão judicial). Na situação em que o reconhecimento é realizado pelo genitor ou genetriz em conjunto, verifica-se que ambos cumpriram dever legal. Todavia, caso este não seja feito de forma espontânea, poderá ser efetuado por decisão do Poder Judiciário, mediante ação investigatória de paternidade⁶⁴.

Na legislação civil anterior, o reconhecimento dos filhos era reservado tão somente aos filhos classificados como ilegítimos, ou seja, aqueles nascidos que não do casamento de seus pais. Deste modo, caso não fossem reconhecido por espontaneidade do genitor, deveriam ajuizar demanda investigatória de paternidade, mas apenas nas hipóteses do artigo 363 do Código Civil de 1916. Àqueles classificados como incestuosos e adulterinos, não havia o direito da investigação da paternidade, havendo assim, pois, algumas limitações ao direito de filiação.

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.49.

⁶³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p.298.

⁶⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.264.

Com a carta constituinte de 1988, houve a supressão de qualquer forma que individualize a filiação em razão de sua origem, consolidando-se o princípio da igualdade entre os filhos. Neste contexto, modificou-se o entendimento discriminatório constante na legislação civil e firmou-se o direito ao reconhecimento da paternidade, independentemente da situação familiar dos filhos⁶⁵.

2.2.1 Do reconhecimento voluntário

O reconhecimento voluntário é o ato espontâneo, solene, público e incondicional pelo qual o pai, a mãe ou ambos declaram que alguém é seu filho, atribuindo-lhe *status* correspondente⁶⁶. Trata-se de ato livre, irrevogável e irretratável, não podendo se submeter a algum termo, condição ou qualquer outra modalidade que vise restringir a sua perfeição⁶⁷.

Além disso, é um ato jurídico unilateral, com consequências jurídicas sobre a manifestação de vontade daquele que reconhece⁶⁸. Entretanto, não se deve desconsiderar a possibilidade de anulação ou reconhecimento de absoluta nulidade, pelos motivos invalidantes dos negócios jurídicos em geral⁶⁹. Neste plano, dispõe o Código Civil que é irrevogável o ato de reconhecimento de filiação por parte do sucessor, podendo ser anulável no caso de decisão judicial devidamente fundamentada em que pese a proteção ao direito do filho, ou em razão de erro ou falsidade.

O ato do reconhecimento produz efeitos *erga omnes*, em que pese sua natureza jurídica declaratória ou em que se demonstra a confissão de uma situação fática pré-existente em relação ao vínculo parental. Poderá ainda ser realizado antes do nascimento do reconhecido, como prevê o artigo 1.609, parágrafo único do Código Civil, bem como após o óbito do filho, desde que existam descendentes evitando-se para fins escusos. Acrescenta-se que a eficácia do

⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.48.

⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.379.

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.49.

⁶⁸ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: direito de família*; v. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6, p.319.

⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.50.

reconhecimento do filho maior plenamente capaz está condicionada ao seu consentimento, nos termos do artigo 1.614 do Código Civil.

Sobre as formas de reconhecimento voluntário dos filhos, dispõe o artigo 1.609 do atual Código Civil⁷⁰:

“Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.”

Logo, poderá o filho nascido ser reconhecido espontaneamente de quatro formas distintas: 1) no próprio registro do nascimento; 2) por escritura pública ou qualquer escrito particular que evidencie a intenção inequívoca de se reconhecer o filho a ser arquivada em cartório; 3) por testamento e 4) por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Sobre a primeira modalidade de reconhecimento por ato espontâneo, é aquele realizado no próprio termo mediante a manifestação por um ou ambos os genitores⁷¹. Perfaz-se no momento em que um dos pais comparece em cartório e efetua o registro do filho, reconhecendo a sua ascendência. Ao segundo, se não presente, deverá apenas comparecer posteriormente no Registro Civil e reconhecer o registro já efetivado. Nesta hipótese, a prova da filiação se dá pela certidão do termo do nascimento inscrita no cartório de Registro Civil, que é realizada de acordo com os artigos 50 e seguintes da Lei nº 6.015/1973⁷².

Não poderá, em outro plano, assentar-se a paternidade ou maternidade de quem já possui, inclusive no caso de adoção. Contudo, somente após a invalidação do registro comprovando-se erro ou falsidade, é permitido o reconhecimento. Em complementação, o Código Civil prevê ainda a possibilidade de

⁷⁰ BRASIL, *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.329-330.

⁷² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.368.

que, caso o oficial de justiça desconfie da veracidade das informações prestadas no termo do registro do nascimento, deverá promover ao conhecimento do juiz competente a sua incerteza, que irá averiguar dando ciência dos fatos ao Ministério Público.

A segunda forma prevista de reconhecimento voluntário é o realizado por escritura pública ou particular, também denominada por alguns doutrinadores como indireta, sendo aquela pelo qual a manifestação de vontade do reconhecimento não é dirigida imediatamente ao registro do nascimento. Nesse caso, poderão os pais realizar o reconhecimento do descendente sem o dever de comparecer no cartório do registro civil⁷³.

Demonstra-se que o ordenamento jurídico, neste plano, inseriu o interesse de facilitar o exercício do direito do reconhecimento pelo pai ou pela mãe, ainda que não cumprido o procedimento perante o oficial do registro civil. Todavia, deverá a declaração inequívoca da vontade dos pais restar clara e de forma a não ensejar dúvidas nem ambiguidades na escritura pública ou no escrito particular.

Sobre a perspectiva do reconhecimento ser feito de forma indireta ou incidental na escritura, há dissídio doutrinário em relação a sua finalidade. Alguns autores defendem que poderá ser averbado no registro civil, caso em que deverá se destacar no documento a manifestação da vontade, posição inclusive adotada pelo STJ⁷⁴. De outra forma, outros se posicionam no sentido de que este documento não poderá ser averbado, mas constitui meio de prova nas ações de investigação de paternidade⁷⁵. Acrescenta-se que o Código Civil de 1916 não previa nas

⁷³ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p.301.

⁷⁴ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO. INVENTARIO. RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE INCIDENTALMENTE POR ESCRITURA PUBLICA. UNIÃO ESTAVEL. ARTS. 357 DO CODIGO CIVIL E 984 DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. 1. DESDE QUE DOCUMENTALMENTE COMPROVADOS OS FATOS NO CURSO DO INVENTARIO, SEM NECESSIDADE DE PROCURAR PROVAS FORA DO PROCESSO E ALEM DOS DOCUMENTOS QUE O INSTRUEM, NESSE EITO E QUE DEVEM SER DIRIMIDAS AS QUESTÕES LEVANTADAS, PRESTIGIANDO-SE O PRINCIPIO DA INSTRUMENTALIDADE, DESDENHANDO-SE AS VIAS ORDINARIAS. 2. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, VENCIDO PARCIALMENTE O RELATOR, QUE O RECEBIA EM MAIOR EXTENSÃO. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 57.505-MG. Quarta Turma. Recorrentes: Emília Helena Águas de Oliveira e Maria Júlia do Carmo Águas. Recorrida: Maria Aparecida Gomes de Oliveira. Relator: Min. Asfor Rocha. Brasília, 19 de março de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400370113&dt_publicacao=09/09/1996>. Acesso em: 03 jun.2013.

⁷⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.259.

modalidades de reconhecimento voluntário aquela realizada por escrito particular, que possui natureza genérica e não tem sua forma definida em lei.

A terceira forma é aquela manifestada pelo último ato de vontade, ou seja, inserta no testamento, qualquer que seja a sua modalidade (público, cerrado, particular, marítimo, aeronáutico e militar). Porquanto, infere-se da dispensabilidade da necessidade do testamento ser específico para o ato do reconhecimento, devendo o testador, de modo expresso e direito, dispor que determinada pessoa é o seu filho para que este assuma a condição de herdeiro. Não obstante, depreende-se de que não deve haver o reconhecimento, seja de paternidade ou maternidade, no registro daquele declarado filho no testamento.

O testamento, nos termos do artigo 184 do Código Civil, poderá conter alguma nulidade, mas fato que não acarreta na sua invalidade. Apenas afetará o reconhecimento manifestado se a declaração se enquadrar em alguma das causas de nulidade ou anulabilidade⁷⁶. Ademais, no que concerne à irrevogabilidade do reconhecimento, há uma exceção na modalidade testamentária, haja vista que o testamento poderá ser revogado pelo testador a qualquer tempo enquanto este esteja em vida.

Finalmente, a quarta modalidade do reconhecimento realizado de forma espontânea prevista no Código Civil é o reconhecimento incidental quando o pai ou mãe fizer manifestação expressa e direta perante o juiz, reproduzida do artigo 2º, parágrafo 3º, da Lei nº 8.560/92. Neste caso, infere-se que o processo em questão trata-se de outro que não a ação investigatória de paternidade ou maternidade, perante juiz que poderá ser de competência diversa. Caso ocorresse durante audiência de processo investigatório, se configuraria como confissão e seria objeto do próprio mérito da ação⁷⁷.

Ao presenciar a manifestação expressa do reconhecimento do filho, realizado em depoimento pelo genitor, o juiz deverá reduzi-la a termo. Após os procedimentos de praxe, o magistrado encaminhará a certidão resultante ao juiz

⁷⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.259-260.

⁷⁷ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p. 302-303.

competente dos feitos relativos ao registro público, se houver, para que se determine a averbação no registro de nascimento do filho.

Há ainda uma quinta forma de reconhecimento que alguns doutrinadores classificam como um terceiro gênero de reconhecimento⁷⁸, e outros como apenas um desdobramento ou situação intermediária do registro do nascimento⁷⁹. É a chamada averiguação oficiosa de paternidade, prevista na Lei nº 8.560/92 em vigor, e não reproduzida no Código Civil. Assenta Paulo Nader⁸⁰:

“O reconhecimento oficioso consta do art. 2º da Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, que trata da investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Como o Código Civil, que dispôs amplamente sobre o reconhecimento, não reproduziu a modalidade, esta foi inserida, pelo deputado Ricardo Fiúza, no Projeto de Lei nº 6.960/02. Não obstante a lacuna do códex, a prática não deve ser abandonada, pois acorde com o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Observe-se que este procedimento, com pequena variação, consta nova redação do art. 255 do Código Civil argentino. A Lei nº 8.560/92, entretanto, permanece em vigor, uma vez que parte de seu texto foi alterado expressamente pela Lei nº 12.004, de julho de 2009.”

Trata-se de um procedimento administrativo, sem caráter judicial, mas com a presença da figura do juiz, em que se pretende regularizar o registro do filho constando apenas a maternidade. Nesta situação, após o registro do filho ser efetuado pela mãe, ela fornece o nome do suposto pai ao oficial do registro civil, que por obrigação, deverá comunicar o fato ao juiz competente que determinará a manifestação do suposto pai. Ressalta-se que em respeito aos princípios constitucionais, a mãe não pode ser obrigada quando registra o nascimento de seu filho, a declarar que é o genitor⁸¹.

No caso do reconhecimento voluntário pelo pai, haverá a lavratura do termo correspondente para averbação no registro civil e será chamado, para doutrina, esse reconhecimento de oficioso. Mas negando o fato, não haverá sanções ao suposto pai pelo não reconhecimento da paternidade perante o juízo, devendo a sua resposta ser respeitada. Todavia, frustrada a tentativa do reconhecimento, o juiz encaminhará ao Ministério Público os elementos colhidos, de modo que este

⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.54-55.

⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.257-258.

⁸⁰ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p.300-301.

⁸¹ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.54-55.

analisará a possibilidade do ajuizamento da ação declaratória correspondente. Nestas circunstâncias, não há impedimento do ajuizamento desta ação por quem tem legitimidade para propor⁸².

Concluindo, ainda no caso do reconhecimento do estado de filiação não ser realizado por vontade manifestada do genitor, nas hipóteses dissertadas, poderá ser pleiteado mediante ação investigatória de paternidade, ato judicial que confirmará o vínculo jurídico entre pai e filho.

2.2.2 Da ação investigatória de paternidade

Ao filho que não teve o seu reconhecimento de paternidade ou maternidade de forma voluntária realizada por seus genitores, poderá obter o reconhecimento judicial, forçado ou coativo, por meio da ação de investigação de paternidade ou maternidade, pretendendo ver retratada no assento civil a verdade biológica de sua concepção⁸³. Permite a ação, deste modo, aos filhos não reconhecidos, obter a sua declaração do respectivo *status familiae*⁸⁴.

O Código Civil de 1916 previa o direito da ação investigatória de paternidade para os havidos fora do casamento, mas enumerando um rol taxativo das hipóteses em que se permitia o ajuizamento desta ação. Assim, dispunha em seu artigo 313 que apenas poderia o filho ajuizar a demanda investigatória em casos de concubinato, ao tempo da concepção entre a mãe e o suposto pai, quando havia o rapto de sua mãe pelo investigado em lapso temporal perto da sua concepção ou ainda haviam provas sobre de relações sexuais entre a mãe e o pretendido pai e, por fim, na existência de escrito do suposto pai reconhecendo-se expressamente. Logo, não enquadrado nas situações elencadas, não podia o filho ajuizar a ação investigatória.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, essa posição adotada pelo Código Civil de 1916 teve significativa alteração, considerando a consolidação do princípio da igualdade entre os filhos, não importando se havidos

⁸² NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p.300-301

⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.337.

⁸⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.494.

durante ou fora da relação matrimonial⁸⁵. Por consequência, as regras enumeradas no citado artigo foram alteradas pelas disposições constitucionais, substituídas pelo sistema da livre propositura e não se discriminando mais as situações de admissão da ação, bastando a existência de indícios suficientes que a justifiquem⁸⁶. Confirmando esse entendimento, acrescentou o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) em seu artigo 27⁸⁷:

“Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

Trata-se de um direito fundamental e decorrente do desmembramento do próprio princípio da dignidade humana, além dos princípios da afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança, consagrados no ordenamento jurídico⁸⁸. Destarte, em princípio, qualquer pessoa poderá ingressar em juízo com a finalidade de investigar a verdade biológica de sua concepção, de modo a reconhecer a filiação e integrar a relação jurídica familiar. Porém, só não tem esse direito os concebidos dentro de casamento ou de união estável por meio da fertilização assistida heteróloga ou aqueles vinculados por filiação socioafetiva ou adotiva.

Sendo assim, salienta-se que a investigação de paternidade só é permitida quando não houver sido reconhecida a paternidade, e não para desfazer uma relação paternal já estabelecida. Isso devido a proteção à paternidade socioafetiva, constituída no âmbito da convivência familiar, que não deve ser impugnada ou contraditada⁸⁹.

A ação investigatória de paternidade ou maternidade tem natureza jurídica declaratória e imprescritível. Declaratória, uma vez que na sentença se declara o estado de filiação do investigante, e imprescritível, no sentido de não haver previsão de prazo para o exercício do direito de ação. Atenta-se para o fato de que,

⁸⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*; v. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6, p.324-325.

⁸⁶ GOMES, Orlando. *Direito de família*; 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.202.

⁸⁷ BRASIL, *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

⁸⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre, v.54, n.339, p. 45-57, jan.2006.

⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.45-57.

diferentemente da inexistência de prescrição para a ação de investigação, os efeitos patrimoniais do estado da pessoa (petição de herança) prescrevem em dez anos, conforme artigo 205 do Código Civil. Contudo, assenta-se que este prazo não corre contra o filho não reconhecido⁹⁰.

No que tange às partes, compreende-se legitimidade ativa aqueles que podem ajuizar a demanda. Nesse contexto, poderão promover a ação ordinária o filho (legitimidade *ad causam*), o seu representante legal se incapaz, ou os herdeiros ou legatários contra o genitor⁹¹. Igualmente, na hipótese de averiguação oficiosa, já explanada, terá o Ministério Público legitimidade extraordinária para ajuizar a ação de investigação de paternidade desde que presentes os indícios suficientes para o ajuizamento. Além disto, mesmo que ajuizada a ação, frisa-se que é indisponível o direito do reconhecimento de paternidade, significando dizer que mesmo manifestada a desistência válida nos autos, não resultará a ação em renúncia ao direito de filiação.

Quanto à legitimidade passiva, poderão figurar no pólo passivo o suposto pai ou a suposta mãe, dependendo da pessoa a ser investigada. Se o investigado for pessoa já falecida, a ação deverá ser dirigida aos seus herdeiros ou legatários, não sendo correta a ação investigatória contra o espólio do falecido, por não possuir esta personalidade jurídica⁹². Nada obstante, a contestação poderá ser oferecida por qualquer interessado, ou seja, aqueles que possam ser afetados pela decisão judicial proferida, como o cônjuge, o companheiro do suposto genitor ou os herdeiros do investigado⁹³.

Poderá ainda haver na ação de investigação de paternidade a possibilidade da cumulação de outros pedidos além do reconhecimento, como quando acrescida com a petição de herança ou prestação alimentícia. E, deverá correr o processo sobre segredo de justiça, prevalecendo neste aspecto o melhor interesse da criança e da proteção à constituição das relações familiares⁹⁴.

⁹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.337.

⁹¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.496.

⁹² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.338.

⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.265.

⁹⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.498.

Os efeitos da sentença declaratória de paternidade ou maternidade nas ações investigatórias serão os mesmos gerados pelo reconhecimento voluntário e retroagem à data do nascimento (efeito *ex tunc*). Dessa forma, a sentença que julga procedente a pretensão de se reconhecer determinado pai ou mãe como genitor do investigante faz coisa julgada também em relação aos demais filhos do investigado, mesmo que não tenham participado do processo⁹⁵.

Por fim, também poderá a sentença que julgar procedente a ação investigatória determinar, em detrimento do melhor interesse do menor, que o filho seja criado e educado fora da convivência dos pais ou daquele que resistiu reconhecer a paternidade e maternidade, como dispõe o artigo 1.616 do Código Civil. Reconhece-se assim que o a declaração judicial de paternidade ou maternidade não constitui, de fato, plenas condições para se assumir a função afetiva de pai ou mãe, principalmente daquele que não pretende exercê-la⁹⁶.

⁹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.361.

⁹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5, p.190.

3 AS PROVAS NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

A prova da filiação se dá pela certidão de nascimento ou registro civil do indivíduo. Quando não realizado o reconhecimento da filiação pelo genitor de forma voluntária, há a possibilidade de ser feito coercitivamente, desta forma, por meio da ação investigatória de paternidade, cujo principal objetivo é a alteração do registro civil do investigante.

Na ação de investigação de paternidade, se admite, no conjunto probatório, todos os meios de provas legais ou moralmente legítimos, conforme disposição do artigo 332 do Código de Processo Civil⁹⁷. Deste modo, estão inclusos no rol probatório as provas documentais, testemunhais e periciais.

Todavia, com o surgimento da técnica pericial de DNA, exame que possibilita a determinação com grau quase absoluto de certeza da filiação, verifica-se que houve uma reformulação de interpretações no que tange à prova na ação de investigação de paternidade e que demonstram a preponderância desta modalidade probatória. Contudo, não há a desconsideração dos outros meios de provas, que em determinados casos, poderão se apresentar como suficientes para solução da controvérsia.

3.1 Da prova indiciária e testemunhal

A ação de investigação de paternidade tem como fundamento a prova de que, ao tempo da concepção do filho, houve a relação sexual entre sua mãe e o suposto pai, sendo o investigado seu genitor. Neste plano, admite-se a forma de prova indireta ou indiciária, modo probatório que, devidamente apreciado, leva à conclusão da paternidade em relação ao filho.

Os indícios deverão ser concordantes, graves e veementes. Inicialmente concordantes, de forma que constituam circunstâncias coerentes e demonstrem o fato investigado. Já indícios graves, aqueles que resultam da estreita relação existente entre os fatos investigados e que levam à conclusão sem dúvidas. E por fim indícios veementes, constituindo precisão de tal modo que, se

⁹⁷ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.131.

relacionados, estabelecem relações entre o ato e o presumível autor. Assim, são exemplos de indícios o namoro entre os genitores, os encontros frequentes, o relacionamento extremamente íntimo, etc⁹⁸.

Neste contexto, porém, ressalta-se que muitas vezes as questões probatórias constituíam óbice à parte investigante, pois na maioria dos casos, dificilmente se comprovava a existência de relações sexuais entre os envolvidos, bem como se verificava indícios e presunções não muito certas ou seguras⁹⁹.

Com relação à prova documental nas ações investigatórias, não há restrições sobre quais documentos poderão ser oferecidos e nem quanto a sua forma, desde que não sejam ilícitos. Mas, frisa-se que é necessário que o documento a ser juntado aos autos da ação seja idôneo e autêntico.

Poderão ser apresentados documentos públicos ou privados, como fotos, declarações, cartas ou qualquer escrito, certidão de batismo, certidões de nascimento, entre outros, no intuito de se demonstrar o envolvimento ou relação entre o suposto pai e a genetriz do investigante¹⁰⁰. Inclusive, inclui-se nesta modalidade probatória o escrito particular em que o suposto pai confessa a paternidade ou traduz declaração equivalente, restando claro não se tratar de documento formal de reconhecimento.

Sobre essa possibilidade, trata-se de escrito que tem como objeto não a simples declaração da existência de relações íntimas entre o suposto pai e a mãe do investigante, mas a declaração da paternidade deste. Entretanto, indispensável que seja precisa a identificação do filho e resulte na manifestação de vontade, sem vícios de consentimento do declarante¹⁰¹.

A respeito da prova oral, há a sua produção na audiência de instrução e julgamento, procedendo-se com a oitiva das testemunhas, depoimentos pessoais e até esclarecimentos do perito judicial. De outra parte, poderiam depor como testemunhas os familiares ou pessoas próximas que tenham contato com os

⁹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.405.

⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.502.

¹⁰⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.131.

¹⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.5, p.399.

envolvidos, mas devendo o juiz verificar o senso da verdade do testemunho considerando a possibilidade das testemunhas deixarem se influenciar pelas amizades.

Sendo assim, por meio da prova testemunhal, se procura indicar ocasiões e identificar situações em que o suposto genitor e genetriz foram vistos em atitudes que insinuavam a existência de um vínculo afetivo íntimo, a presumir a possibilidade da ocorrência de relações sexuais entre eles no período da concepção do filho, capaz de gerar a segurança necessária para o reconhecimento do vínculo filial¹⁰².

A posse do estado de filiação, qual seja a situação de fato já estabelecida entre os envolvidos de forma a demonstrar o parentesco, também é admitida como forma de prova nas ações de investigação de paternidade. Nesta hipótese, deverá o filho ter o nome do suposto genitor, receber o tratamento como filho do suposto pai e gozar perante a sociedade do *status* de filho deste¹⁰³. Porém, salienta Washington de Barros Monteiro¹⁰⁴:

“Costuma-se invocar igualmente a posse do estado de filho para fundamentar a investigação. Mas a posse de estado constitui mera aparência, da qual resulta simples presunção; por si só, não justifica a ação. Trata-se de prova adminicular, que apenas completa ou reforça outros meios probantes. Se não existem esses meios, não pode o juiz recorrer à prova isolada da posse de estado.”

Finalmente, anota-se para a possibilidade da prova pericial nas ações de investigação de paternidade. Nos últimos tempos, desenvolveram-se técnicas de investigação baseadas em caracteres hereditários que eram transmitidos de pais para filhos, permitindo-se assim a conclusão de ser uma pessoa filha de outra ou não. Dentre elas, e utilizadas no processo de investigação de paternidade, cita-se o exame da carga dentária, o exame de sangue, o exame prosopográfico e o exame de DNA.

No exame odontológico, coletam-se as características da carga dentária do investigante e do investigado e as comparam, procurando-se apontar

¹⁰² DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.410.

¹⁰³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.503-504.

¹⁰⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.379.

traços e semelhanças odontológicas capazes de influenciarem como indícios probatórios para a averiguação da filiação. Contudo, embora este exame reforce as evidências investigatórias, alerta-se que tal procedimento não determina nem exprime certeza sobre a paternidade¹⁰⁵.

Técnica diferente, o exame prosopográfico consiste na ampliação de fotografias dos envolvidos e justaposição de uma sobre a outra, seja por cortes longitudinais ou transversais, reproduzindo algumas partes existentes em uma das fotografias na outra, como nariz, olhos, orelha, raiz do cabelo, etc. Desta maneira, se demonstram as semelhanças entre o investigante e o investigado, constituindo igualmente indícios sobre o vínculo de filiação. Igualmente, destaca-se que a semelhança não traduz, por si só, a relação de parentesco.

E, no que concerne ao exame de sangue, trata-se de técnica adequada para excluir a paternidade, na hipótese do filho e do pretense pai pertencerem a grupos sanguíneos diversos, mas não para confirmar o vínculo de filiação. Nesta forma, apuram-se os tipos sanguíneos encontrados nas pessoas interessadas e verificam-se aqueles que prevalecem ou são comuns e se transmitem por herança. Porquanto, devido à circunstância de que os tipos sanguíneos e o fator Rh são transmitidos hereditariamente, conclui-se pela possibilidade da relação biológica da paternidade ou pela sua exclusão¹⁰⁶.

Ao fim, técnica mais recente na expressão da certeza científica em relação à filiação entre o investigante e o investigado, o exame de DNA acabou por deixar ambas as outras modalidades de perícia médico-legal em segundo plano. De certa forma, representou um marco nas ações investigatórias de paternidade, na medida que expressa certeza e precisão quanto aos meios de prova¹⁰⁷.

¹⁰⁵ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*; v. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6, p.333.

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.504.

¹⁰⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*; v. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6, p.331.

3.2 Do Exame de DNA

O exame de DNA, mais moderna técnica científica de exame pericial no campo da investigação da paternidade, consiste basicamente na comparação entre os materiais genéticos do filho, da genetriz e do suposto pai. Neste procedimento, os genes, presentes em todas as células do corpo humano e constituídos por sequências de base de ácido desoxirribonucleico (DNA), são colhidos e, por meio de uma moderna técnica de processamento, revelam a identidade biológica dos indivíduos e as características hereditárias.

Quanto à amostra de material genético dos investigantes, poderá ser colhida de qualquer parte do corpo daqueles que se submetem ao exame pericial (sangue, pele, raiz do cabelo, sêmen, placenta, etc.), sendo que, geralmente se recolhe através do sangue pela sua facilidade de obtenção¹⁰⁸. De forma clara e didática, explica Salmo Raskin sobre o DNA¹⁰⁹:

“Todo ser humano recebe metade de seu DNA de sua mãe biológica, através do óvulo, e a outra metade do seu pai biológico, através do DNA do espermatozoide. À exceção dos gêmeos idênticos, não existem dois indivíduos com sequências de DNA iguais. Como resultado, comparando os padrões de DNA da mãe, do suposto pai e do filho é possível determinar a correlação genética destes indivíduos.

No teste de paternidade em DNA, é feita a análise de diversas regiões predeterminadas do DNA, pontos estes situados em cromossomos diferentes. Estas regiões particulares foram escolhidas após intensa pesquisa científica porque são sabidamente extremamente variáveis entre os indivíduos.

Tipicamente, em cada ponto do material genético pré-selecionado, as pessoas terão dois segmentos com DNA de tamanhos diferentes, um vindo da mãe biológica e outro do pai biológico.”

Dessa forma, utilizando-se avançados equipamentos científicos, inicialmente se compara o DNA da genetriz com a carga genética do filho a fim de demonstrar a igualdade entre um dos segmentos de DNA, destacando-se a outra parte que obrigatoriamente foi recebida pelo genitor. Em seguida, compara-se o DNA do suposto pai com a peça obrigatória recebida pelo filho, havendo paridade entre os segmentos de DNA, traça-se a probabilidade da paternidade, chegando a até 99,99%.

¹⁰⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.5, p.393.

¹⁰⁹ RASKIN, Salmo. *Investigação de paternidade: manual prático do DNA*. Curitiba: Juruá, 1998, p.27-29.

Note-se que nesse caso, o exame oportuniza a determinação da filiação com certo grau de exatidão, considerando que a probabilidade de se encontrar ao acaso duas pessoas com a mesma impressão digital do DNA é de 1 em cada 30 bilhões¹¹⁰. Igualmente, assenta a eliminação da inveterada incerteza, que durante muito tempo, pairou sobre as decisões judiciais nas causas de investigação de paternidade.

Todavia, ressalta-se que paralelamente, apresentou o exame de DNA, ao seu surgimento, um duplo grau de dificuldade. Primeiramente, pelo alto custo desta técnica, por muitas vezes estarem envolvidas partes hipossuficientes, em que se verifica um elevado tempo de espera para a realização do exame gratuitamente. E segundo, em razão da necessidade da participação do investigado para a sua realização, não se podendo impor que este se submeta à coleta do material genético, sob a violação a princípios e garantias constitucionais¹¹¹.

3.3 Do contexto pré-DNA e pós-DNA

Anteriormente ao início da utilização do exame pericial de DNA, método eficaz como meio de prova probatório na identificação dos indicadores genéticos dos indivíduos envolvidos, as decisões judiciais que analisavam o mérito das causas eram fundamentadas em provas que constituíam indícios e que estabeleciam uma relação de causalidade entre as partes envolvidas.

Destarte, empregavam-se as denominadas provas indiretas, quais sejam aquelas que não retratam diretamente o fato a ser provado, mas permitem ao juiz argumentar sobre outros fatos conhecidos para deles deduzir a existência de um fato objetivo. Contudo, sempre que admissível este meio de prova, deviam estar presentes indícios graves, precisos e concludentes, não bastando mera suposição, havendo, portanto, uma rigorosa relação de causalidade entre as premissas e a conclusão dos fatos¹¹².

¹¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.135.

¹¹¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.414-415.

¹¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA. *Revista síntese de direito civil e processual civil*. Porto Alegre, v.6, n. 33, p.29-44, jan./fev. 2005.

Nos julgamentos dos processos de investigação de paternidade, a prova da existência ou inexistência do vínculo biológico guiava-se principalmente por meio das presunções legais enumeradas no Código Civil¹¹³. Resguardado o direito de defesa, tradicionalmente, procurava o investigado provar de que à época da concepção do filho a genetriz manteve relações sexuais com outros homens além do demandado, invocando a chamada *exceptio plurim concumbentium* ou *má conduta notória*¹¹⁴.

À vista, essa exceção era perfeitamente admissível no ordenamento jurídico e, quando provada pelo réu, evidenciado o envolvimento da mãe do investigante com outros homens, extinguiu o processo em favor do investigado¹¹⁵. Discorre Maria Berenice Dias¹¹⁶:

“É tão antiga a mania dos homens de culparem as mulheres, que o **meio de defesa** utilizado para negarem a paternidade é uma expressão latina: *exceptio plurim concumbentium* – o mais iníquo ingrediente desse minado campo de provas. Ocorria a exclusão da responsabilidade do investigado sob o fundamento de ter a mãe coabitado com outros homens ao tempo presumível da concepção. A simples possibilidade de o filho provir de outrem autorizava a exoneração de qualquer responsabilidade.”

Com o advento do exame de DNA e sua aplicação nos procedimentos judiciais de resolução de conflitos, surgiu a possibilidade da busca de uma certeza muito maior do que poderia se atingir através das presunções formadas por meio de indícios. De certo modo, representou um marco nas relações jurídicas de investigação de paternidade, pois poderia agora serem essas pretensões resolvidas com maior exatidão do que se podia atingir com outros testes e provas¹¹⁷.

Neste plano, o exame de DNA afastou o tradicional sistema de presunções adotado pela legislação civil, a considerar que possibilitou o conhecimento da verdade fática, entrelaçando assim o processo e a realidade de

¹¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.5, p.195.

¹¹⁴ NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5, p.311.

¹¹⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.377.

¹¹⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.411.

¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA. *Revista síntese de direito civil e processual civil*. Porto Alegre, v.6, n. 33, p.29-44, jan./fev. 2005.

fenômenos¹¹⁸. Ora, a técnica pericial genética robusteceu o princípio da busca da verdade real nos processos investigatórios de paternidade, bem como oportunizou o julgamento das causas, alcançando-se um elevado grau de acerto¹¹⁹. E ainda, por ser uma prova bastante conclusiva, desconstituiu a facilidade da alegação da *exceptio plurim concumbentium* de defesa utilizada pelos investigados, que embora ainda cabíveis, deveriam provar a não paternidade, difícil justificativa sem a realização do exame pericial.

De forma paralela, o exame pericial de DNA passou a ser considerado no campo jurídico como uma das provas mais importantes na determinação da paternidade nas ações de investigação, por força do princípio da busca da verdade real. Verdade esta, que deve ser buscada em juízo dentro das barreiras e dos limites da plausibilidade, de forma que não confronte com direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, consolidada na carta constituinte.

3.4 Da obrigatoriedade

A determinação da paternidade com elevado grau de certeza, em determinadas situações, é de extrema relevância. Assim, por exemplo, em meio a circunstâncias de confirmação de paternidade sem litígio, ou ainda para fins de definição de pensão alimentícia ou herança, ou também com a finalidade de produzir prova nos processos criminais¹²⁰.

Assim sendo, tem o juiz a obrigação, com vistas à formação do seu juízo valorativo, de determinar a produção de todas as formas de provas necessárias ao julgamento da lide, mesmo de ofício, incluindo-se dentre elas o exame genético de DNA. Contudo, aponta-se que a decisão judicial não deverá simplesmente homologar o resultado do exame pericial, mas considerando todos os outros

¹¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.136.

¹¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.352.

¹²⁰ MARTINS, Antonio Darienso; OLIVEIRA, José Sebastião de. A prova na investigação de paternidade e a súmula n. 301 do STJ. *Revista CESUMAR Mestrado*. Maringá, v.6, n.1., p. 301-338, dez. 2006.

elementos carregados aos autos, ser fundamentada em conformidade com o caso em estudo¹²¹. Aponta o doutrinador Washington de Barros Monteiro¹²²:

“Nessas causas, segundo preconizam doutrina e jurisprudência, não deve o juiz ater-se a um rigor exagerado no exame dos elementos de convicção carregados para os autos. Ele não deve ser instrumento de aventuras audaciosas, mas também não deve falhar à alta missão social, que lhe incumbe, de amparar pretensões justas. Seu ministério há de exercer-se com prudência.”

Nada obstante, embora haja o entendimento que sempre que possível o juiz deve determinar a sua realização, a posição doutrinária e jurisprudencial é no sentido de que deverá o magistrado considerar não só a prova pericial, mas todo o conjunto probatório constante no caso em análise¹²³. Porquanto, há necessidade de maior participação do juiz nas atividades probatórias, destacando-se que as provas indiciárias e testemunhais deverão robustecer a prova técnica, reforçando sua certeza científica, ou desconstituí-la, exigindo-se a realização de novo exame¹²⁴. Discorre Maria Helena Diniz:

“Mas é preciso não olvidar que o teste de DNA não é uma prova infalível, logo não se devem excluir os demais meios probatórios e o juiz deve avaliar, prudentemente, o resultado, pois é preciso averiguar não só a credibilidade do laboratório, a técnica utilizada, mas também se houve ou não uso de marcadores genéticos adequados, se não houve troca de amostras, falha na leitura ou na transcrição dos dados obtidos etc. O exame científico de DNA não pode desviar o caminho da instrução probatória, transformando o órgão judicante em simples homologador de laudos periciais. Urge que, nas ações de investigação de paternidade, para declarar o vínculo biológico da filiação, o órgão judicante analise não só o teste de DNA, mas também o conjunto das provas produzidas pelas partes.”¹²⁵

Por conseguinte, aponta-se a necessidade de uma interpretação cuidadosa quanto à aplicabilidade e acepção do exame, evitando-se que haja uma sacralização ou divinização do DNA como prova exclusiva nas ações de investigação de paternidade¹²⁶. Sempre que possível, é fundamental a sua

¹²¹ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.136.

¹²² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.379.

¹²³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.378.

¹²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6, p.354.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.510.

¹²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.136.

realização, possibilitando um mecanismo seguro e preciso para valoração das provas, a medida que auxilia as decisões judiciais em soluções eficazes e corretas.

Acentua-se, neste plano, que a prova pericial não é o único meio idôneo de prova da filiação e muito menos se tornou prova absoluta ou incontestável. Ademais, poderá ocorrer a recusa do investigado em fornecer material genético para a realização do exame pericial de DNA, hipótese reservada nas garantias constitucionais, como o direito à intimidade, à vida privada e a não obrigação de produzir provas contra o mesmo.

4 A RECUSA DO INVESTIGADO NO EXAME DE DNA

O surgimento do exame de DNA caracterizou uma mudança significativa nas relações processuais de investigação de parentalidade. Como discorrido anteriormente, a prova pericial possibilitou a determinação, por exemplo, da paternidade com extremo grau de certeza, de forma a também garantir a segurança jurídica nas relações processuais.

Todavia, neste aspecto, não deve ser o exame de DNA sacralizado e ponderado como fundamento primordial da imputação da paternidade. Inclusive, poderá o investigado se recusar a fornecer material genético para a realização do exame, situação esta que importará dimensões passíveis de análise.

4.1 Dos princípios constitucionais envolvidos

O juiz poderá proferir decisão judicial determinando a realização do exame de DNA entre as partes em uma relação processual de investigação, almejando-se deste modo a busca da verdade biológica pretendida. Entretanto, não há a obrigação entre as partes para que se submetam à coleta de material genético para realização do exame pericial, considerando o princípio constitucional que “ninguém será obrigado a produzir prova contra si mesmo”.

Destarte, havendo a recusa, por exemplo, do investigado nas ações de investigação de paternidade, tal comportamento influi na esfera jurídica, de forma a antagonizar princípios e garantias constitucionais. Não obstante, em análise aos direitos em conflito envolvidos na relação familiar, observa-se o direito fundamental do filho à identidade genética, direito este que influi diretamente na sua identidade, bem como o direito à intimidade do demandado.

Quanto ao direito à identidade genética, direito este do filho de conhecer sua ascendência biológica, está inserido na garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, amparada pelo princípio da dignidade humana. Resulta de um direito inato,

absoluto, na maioria das vezes, imprescritível e, dentre outras características, irrenunciável, que deve ser protegido pelo Estado sob preceito fundamental¹²⁷.

Por conseguinte, não está o direito ao conhecimento da origem genética coligado necessariamente à presunção de filiação e paternidade. Está mais relacionado aos direitos da personalidade do indivíduo, inerentes à constituição e desenvolvimento de sua individualidade. Sendo assim, não se deve confundir o direito a identidade genética com o vínculo de filiação, de caráter socioafetivo¹²⁸. Nessa conjuntura, discorre Giselda Maria F. Novaes Hironaka¹²⁹:

“Mas volto a falar do “direito ao pai”, este direito que, além de dotado da anterioridade própria dos direitos encravados na realidade e na vida dos homens desde sempre, na verdade deve ser lido e pensado de modo muito mais elástico do que apenas o direito ao genitor masculino. O que quero dizer é que recepciono melhor a ideia de que ele devesse ser compreendido como “direito aos pais”, incluindo-se aí, também e por certo, o direito à mãe. Sabemos todos que a mãe tem estado ao lado de suas crianças em número de vezes sempre muito maior que os genitores do sexo masculino, conforme demonstram as estatísticas; isto não se perde de vista, apesar do caso-exemplo ou hipótese-verdade com que iniciei esta minha locução. Mas bastava que se conhecesse um único caso, como o da filha de Clark Gable, por exemplo, para que eu já não pudesse mais estar autorizada a desdenhar o comentário: por direito ao pai deve-se entender o direito atribuível a alguém de conhecer, conviver, amar e ser amado, de ser cuidado, alimentado e instruído, de se colocar em situação de aprender e apreender os valores fundamentais da personalidade e da vida humanas, de ser posto a caminhar e a falar, de ser ensinado a viver, a conviver e a sobreviver, como de resto é o que ocorre – em quase toda a extensão mencionada – com a grande maioria dos animais que compõem a escala biológica que habita e vivifica a face da terra.”

Já em relação ao direito da intimidade, direito referente à preservação do indivíduo em relação a sua própria vivência, é garantido também pelo artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Para melhor entendimento, deve ser subdividido em três esferas, conforme interpretação do direito alemão e consoante critério de divisão sugerido por Robert Alexy, quais sejam elas: a do direito da privacidade, direito da vida privada e a esfera social.

¹²⁷ GOZZO, Débora. O direito fundamental à intimidade x o direito fundamental à identidade genética. *Direito das famílias - contributo do IBDFAM em homenagem a rodrigo da cunha pereira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.423-442.

¹²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre, v.54, n.339, p. 45-57, jan.2006.

¹²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.73.

No que tange ao direito da privacidade, se relaciona este a tudo mais íntimo do indivíduo e que exige uma proteção mais intensa. Aqui, há os chamados dados íntimos, que apenas podem se tornar público com o consentimento da pessoa. Sobre o direito da vida privada, esfera também que deve ser protegida pelo Estado, considera-se este uma esfera mais abrangente, mas não tão íntimo ao indivíduo. E enfim, a esfera social, onde estão todos aqueles dados que não alcançam a outras esferas, do direito da privacidade ou o da vida privada. Importante tal classificação na determinação da intensidade da proteção jurídica em uma determinada situação, principalmente quando há em conflito outros direitos que exigem a observação de determinados limites¹³⁰.

Posto que, a intangibilidade corporal do suposto pai, aliado à garantia da não obrigação à produção de prova contra si mesmo, previstos constitucionalmente, importam no alicerce da proteção à dignidade da pessoa humana. Em interessante crítica contrária à intromissão na privacidade do sujeito de direito demandado na ação investigatória de paternidade, Caio Mário Pereira aponta ao questionamento sobre o fato de que as múltiplas possibilidades introduzidas pelo exame de DNA, através da análise de um fio de cabelo, qualquer vestígio de sangue, saliva ou sêmen, ou na simples investigação da marca digital, feriria o direito da privacidade do indivíduo. E ainda, se não seria de caráter subjetivo se servir da escusa para eximir a comprovação do vínculo genético, a fundamentar as responsabilidades decorrentes da relação de paternidade¹³¹.

4.2 Da presunção *juris tantum*

Diante do conflito de normas que surgia quando o suposto pai se recusava a se submeter ao exame de DNA, antes da edição do atual Código Civil, haviam diversas discussões entre os doutrinadores e juristas da melhor solução ao caso apresentado.

A primeira doutrina, destacando que a recusa do investigado importava em seu benefício e levava muitas vezes à improcedência da ação por falta

¹³⁰ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 2006, p.303.

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.5, p.384.

de provas, concluía pela prevalência do direito do filho ao conhecimento da sua identidade genética sobre o direito da intimidade do investigado, não devendo o ordenamento jurídico proteger a quem obsta a busca da verdade real no processo. Sustentavam também que é um direito fundamental a identificação correta da paternidade biológica do indivíduo, sob a violação ao próprio princípio da dignidade humana e da garantia da proteção à família. Por conseguinte, deveriam prevalecer os referidos valores, devendo o suposto pai na relação jurídica, por meio da força coercitiva estatal, realizar o referido exame¹³².

Em sentido contrário, uma segunda posição doutrinária, adotada pelo STJ e STF, reconhecendo o valor que representava a moderna técnica como prova nos processos de investigação, sustentava que a recusa do demandado, à escusa da garantia da inviolabilidade do próprio corpo, prejudicava a busca da verdade real, objetivo principal do processo de investigação de paternidade. Mas, entendiam pela harmonia entre o direito do filho de conhecimento da sua origem e pela garantia constitucional da privacidade e da intimidade, não podendo o Estado coagi-lo à realização do exame. Assim, deveria o investigado que se recusa a se submeter ao exame de DNA arcar com as consequências de sua inaceitável conduta processual, configurando esse ato como indício de que seja o pai do investigante¹³³.

Cabe demonstrar essa posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal no seguinte julgado¹³⁴:

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU "DEBAIXO DA VARA". Discrepa, a mais não poder de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, "debaixo de vara", para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a

¹³² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.509-510.

¹³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA. *Revista síntese de direito civil e processual civil*. Porto Alegre, v.6, n. 33, p.29-44, jan./fev. 2005.

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.373-4-RS.Tribunal Pleno. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, 10 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”

Com o advento do atual Código Civil, dois artigos influenciaram diretamente nas controvérsias sobre a recusa do suposto pai em realizar o exame de DNA, sejam eles os artigos 231 e 232. O primeiro dispõe que aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário, não poderá pretender tirar vantagem da sua própria recusa. Deste modo, se determinado fato litigioso somente se pode avaliar mediante concurso de prova pericial médica, a inviabilização desta por ato de uma das partes não poderá se reverter em vantagem processual.

O segundo artigo, determinando que a recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame, pressupõe um juízo complementar ao julgador da causa sobre os fatos produzidos no conjunto probatório para a formação da sua convicção. A aplicação desses dois dispositivos do Código Civil na recusa do investigado em submeter-se ao exame pericial nas ações de reconhecimento de paternidade resultaria, pelo primeiro artigo, na inversão do ônus da prova, e pelo segundo, como formação de prova indireta (presunção legal) em favor do investigante. Mas, não deve ser tal fato valorizado individualmente, ou seja, com a consequência da total veracidade dos fatos, e sim juntamente com o conjunto probatório nos autos¹³⁵.

Nesse sentido, consolidou o Superior Tribunal de Justiça, o enunciado de súmula número 301:

“Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade.”¹³⁶

Deriva este enunciado de sete precedentes: REsp 460.302/PR, REsp 409.285/PR, REsp 256.161/DF, REsp 141.689/AM, REsp 55.958/RS, REsp 135.361/MG e AGA 498.398/MG.¹³⁷

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA. *Revista síntese de direito civil e processual civil*. Porto Alegre, v.6, n. 33, p.29-44, jan./fev. 2005.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 301*. Brasília, 18 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 03 ago. 2013.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 301*: precedentes. Brasília, 18 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2013.

Neste plano, percebe-se que nos julgados AGA 498.398/MG, REsp 55.958/RS e 135.356/MG, existem indícios sobre a possível paternidade do demandado que juntamente com a sua recusa injustificada em se submeter ao exame pericial, formam a presunção da caracterização do vínculo paternal. Em quase todos, à exceção do REsp 460.302/PR, há a inexistência de pai registral (a criança foi registrada apenas como o nome da mãe), voltando-se as respectivas investigações de paternidade para a indicação do genitor biológico, com a consequente imputação de seus deveres e responsabilidades.

Sobre os precedentes apresentados, interessante se faz uma breve análise de três julgados. Inicialmente, no AGA nº 498.398/MG¹³⁸, caso em que embora tenha o agravante alegado que em nenhum momento o autor da ação conseguiu produzir indícios do reconhecimento de seu direito, os julgadores do Superior Tribunal de Justiça concluíram que as provas eram frágeis e contraditórias, havendo a necessidade da realização exame. Mas a recusa do agravante pesou para que o tribunal reconhecesse a presunção de veracidade quanto à paternidade, imputando-lhe *juris tantum*.

Outrossim, segundo julgado relevante quanto à aplicação da presunção relativa de paternidade, no REsp 256.161/DF¹³⁹ não restou provado nos autos pela parte autora indício sobre a existência de relações entre a mãe do

¹³⁸ Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Investigação de paternidade. DNA. Recusa na realização do exame. 1. O posicionamento desta Corte é no sentido de que a recusa injustificada à realização do exame de DNA contribui para a presunção de veracidade das alegações da inicial quanto à paternidade. 2. Agravo regimental desprovido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 498.398-MG. Terceira Turma. Agravante: Cláudio Donizete Prudêncio. Agravado: Tharli Max da Silva. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 10 de novembro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200300027814&dt_publicacao=10/11/2003>. Acesso em 10 ago. 2013.

¹³⁹ Recurso especial. Processual civil e civil. Recurso especial. Fundamentação deficiente. Divergência jurisprudencial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Réu. Recusa. Presunção de paternidade. Não se conhece o recurso especial em que se revela ausente a indicação, com a necessária exatidão, do dispositivo legal tido por violado ou que teve negada sua aplicação. Na hipótese de dissídio notório e evidenciando a leitura da ementa do acórdão paradigma a existência da divergência jurisprudencial, deve-se abrandar os rigores legais exigidos para a demonstração do dissídio, permitindo o conhecimento do recurso especial pela letra "c", do art. 105, III, da Constituição Federal. Ante o princípio da garantia da paternidade responsável, revela-se imprescindível, no caso, a realização do exame de DNA, sendo que a recusa do réu de submeter-se a tal exame gera a presunção da paternidade. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 256.161-DF. Terceira Turma. Recorrente: Ana Carolina Ribeiro dos Santos. Recorrido: Wagner Abadia de Sousa. Relator: Min. Ari Pargendler. Relatoria para acórdão: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200000394556&dt_publicacao=18/02/2002>. Acesso em: 10 ago. 2013.

investigante e o investigado. Mesmo havendo a negativa deste em se submeter ao exame pericial, a turma julgadora considerou que era provável que o réu achou não haver necessidade da prova, já que a ação seria julgada favorável a ele por falta de provas da parte autora. Deste modo, se invocou o chamado princípio da garantia da paternidade responsável, onde apenas se deve imputar a presunção da paternidade se as outras provas produzidas nos autos conduzirem ao entendimento, devendo o réu ser orientado sobre as consequências de sua recusa. Assim se ressaltou a questão da análise do conjunto probatório juntamente com a recusa do demandado em se submeter ao exame, apontado pela doutrina.

Enfim, e no que concerne ao julgado REsp 460.302/PR¹⁴⁰, decisão em que há a crítica doutrinária sobre a aplicação do enunciado de súmula 301 do STJ, demonstra-se a necessidade da consideração de limites na sua aplicação. Sobre os fatos, tratou-se de ação negatória de paternidade proposta por uma viúva e seus filhos com o autor da herança em desfavor de um filho menor impúbere, filho registral com outra mulher, sob a alegação de não ser este último filho biológico, devendo haver a exclusão da certidão de nascimento o nome constante dos pais, dos avós e apelidos da família. Assim, pela recusa do menor a se submeter ao exame de DNA, concluiu a turma ser circunstância desfavorável ao réu, imputando-lhe presunção *juris tantum*.

Porquanto, e em observância ao disposto no entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça, verifica-se os seguintes neste caso em estudo: a) se trata o caso de ação de negatória de paternidade, e não investigatória; b) foi a presunção *juris tantum* (relativa) utilizada em desfavor do suposto filho, e não o do pai; c) e finalmente, desconsideraram os julgadores a paternidade socioafetiva

¹⁴⁰ CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E COISA JULGADA APRECIADAS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO TRANSITADO EM JULGADO – RECUSA DO RÉU EM SUBMETER-SE AO EXAME DE DNA – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL - RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO – FUNDAMENTO SUFICIENTE – SÚMULA 283/STF. I – Improperável o recurso especial, se o recorrente deixa de impugnar fundamento suficiente à manutenção do acórdão recorrido. Aplicação do enunciado n.º 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. II - Segundo a jurisprudência desta Corte, a recusa da parte em submeter-se ao exame de DNA constitui presunção desfavorável contra quem o resultado, em tese, beneficiaria. Recurso especial não conhecido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 460.302-PR. Terceira Turma. Recorrente: Lorenz Henrique Helleis. Recorridos: Katharina Helleis e Outros. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 28 de outubro de 2003.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200596055&dt_publicacao=17/11/2003>. Acesso em: 10 ago. 2013.

do menor, uma vez que foi esta vontade do pai devidamente registrada no registro público, sem vício de erro ou dolo¹⁴¹.

Logo, demonstra-se que para uma adequada aplicação e interpretação em conformidade com o ordenamento jurídico, devem ser observados aspectos limitadores, como a observância de outros elementos probatórios consistentes, a não aplicação da presunção *juris tantum* em desfavor do filho, assim como o exposto entendimento do réu sobre as consequências jurídicas da sua recusa em se submeter ao exame pericial¹⁴².

Ademais, cumpre destacar que tal entendimento sumulado influenciou diretamente na edição da lei nº 12.004, de 29/07/2009, alterou o art. 2º-A da lei nº 8.560, de 29/12/1992, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento. Assim, passou a prever expressamente que são válidos e hábeis todos os meios legais para a prova e que a recusa a qualquer espécie de exame ou prova conduz à presunção do reconhecimento da paternidade. Cabe referir tal dispositivo:

“Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009).

Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (Incluído pela Lei nº 12.004, de 2009).”

4.3 Da paternidade sócioafetiva e a ação investigatória de paternidade

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, firmou-se de vez no ordenamento jurídico constitucional o instituto da família sócioafetiva, entendida como resultado da relação de afetiva estabelecida entre os entes familiares. A partir de então, e diante das constantes modificações sociais, houve uma conversão do ordenamento jurídico-positivo-formal para uma ordem jurídica personalista, em que o foco de intervenção estatal transmutou-se ao indivíduo em

¹⁴¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre, v.54, n.339, p. 45-57, jan.2006.

¹⁴² GONÇALVES, Helena de Toledo. *A súmula 301 do STJ e seus precedentes*. Revista Processo, São Paulo, v. 30, n. 129, p.75-80, nov. 2005.

si, ser humano inserido em um âmbito familiar e com seus interesses afetivos próprios¹⁴³.

Isto posto, e tendo como base o princípio da dignidade humana, princípio fundamental nas relações familiares, constata-se que a família sócioafetiva abrange todo o conjunto de elementos sociais e afetivos que estabelecem os direitos e deveres inerentes à integral formação da pessoa. Por sua vez, solidifica-se na convivência familiar a filiação sócioafetiva, fruto das relações de afeição entre pai e filho¹⁴⁴. Nesta percepção, pondera Maria Berenice Dias¹⁴⁵:

“A posse do estado de filho, ou melhor, **estado de filho afetivo**, como prefere Belmiro Pedro Welter, revela a constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe, não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. A filiação sócioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica.

Em matéria de filiação, **a verdade real** é o fato de o filho gozar da **posse do estado**, a prova mais exuberante e convincente do vínculo parental. Questiona Zeno Veloso: se o genitor, além de um comportamento notório e contínuo, confessa, reiteradamente, que é o pai daquela criança, propaga este fato no meio em que vive, qual a razão moral e jurídica para impedir que esse filho, não tendo sido registrado como tal, reivindique, judicialmente, a determinação de seu estado? Certamente há um **viés ético** na consagração da paternidade sócioafetiva. Constituído o vínculo da parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Não é outro o fundamento que veda a desconstituição do registro de nascimento feito de forma espontânea por aquele que, mesmo sabendo não ser o pai consanguíneo, tem o filho como seu.”

Deste modo, atesta-se que a filiação sócioafetiva se configura como o estado em que o filho goza e frui da qualidade de filho legítimo e das prerrogativas deste, eivado de afeto, respeito e carinho. Há, portanto, direitos inerentes que influem na esfera dos efeitos morais, como as relações parentais, e patrimoniais, a exemplo da prestação alimentar e direitos sucessórios. Nesta seara, o estado de filiação pressupõe a convivência familiar entre o filho e o seu pai ou mãe, garantindo-lhe tutela, auxílio e bem estar, primazia absoluta dos direitos da criança na interpretação dos artigos 226 e 227 da Constituição Federal.

¹⁴³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5, p.24-26.

¹⁴⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.26-29.

¹⁴⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.342. (grifo da autora).

A doutrina apresenta quatro hipóteses existentes no mundo jurídico que caracterizam formas de filiação socioafetiva, sejam elas: a) a filiação por adoção, entendida como o ato jurídico pelo qual se estabelece o vínculo de filiação não importando a existência de relação de parentesco entre ambos; b) adoção de fato, em que não havendo vínculo biológico ou jurídico, mas o filho é criado como se dos pais fosse; c) filiação por reconhecimento voluntário ou judicial, não importando a origem biológica; d) adoção à brasileira, situações irregulares em que se reconhece a paternidade ou a maternidade biológica, mesmo não existindo¹⁴⁶.

Tendo como preceito o estado de filho afetivo, e inexistindo qualquer vício no consentimento, há a referência a três requisitos para sua perfeição: a *nominatio*, a *tractatus* e a *reputatio*. No que concerne ao primeiro requisito, obrigação do filho de ter o nome do pai, há o entendimento no Direito de Família brasileiro da sua dispensabilidade, bastando apenas a existência do tratamento e da reputação para a comprovação do estado sócioafetivo e equivalendo-se à posse do estado de filho. Sobre o tratamento, o mesmo se refere à criação, educação e apresentação deste filho como próprio frente à coletividade, evidenciando-se ainda o carinho afetivo. Por fim, a reputação qualifica-se como a situação em que o filho é considerado membro familiar no âmbito social.

Assim sendo, a filiação sócioafetiva se evidencia quando aquele que se manifesta pai, mesmo não possuindo parentesco biológico, exerce as atribuições e funções paternas. E neste plano, permite-se frente ao ordenamento jurídico o ajuizamento de ação declaratória de paternidade ou de maternidade sócioafetiva, cuja finalidade é o reconhecimento do estado de filiação sócioafetivo, com os consequentes efeitos na esfera social¹⁴⁷.

Não obstante, e no contexto das ações investigatórias de paternidade, ressalta-se a importância da cautela na apreciação dos fatos pelo magistrado, em especial no que tange aos fatores inerentes ao estado de filiação. Não há a procura nestas demandas apenas do laço biológico, caso em que os peritos poderiam fazer sentenças de filiação. Investiga-se o estado de filiação,

¹⁴⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2, p.391-392.

¹⁴⁷ WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.156-159.

podendo ou não ser o mesmo de origem biológica¹⁴⁸. Em determinado caso, já entendeu o Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁹:

“RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO SANGÜÍNEA ENTRE AS PARTES. IRRELEVÂNCIA DIANTE DO VÍNCULO SÓCIO-AFETIVO. - Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538, par. único, CPC se o recurso não apresenta caráter modificativo e se foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98, STJ. - O reconhecimento de paternidade é válido se reflete a existência duradoura do vínculo sócio-afetivo entre pais e filhos. A ausência de vínculo biológico é fato que por si só não revela a falsidade da declaração de vontade consubstanciada no ato do reconhecimento. A relação sócio-afetiva é fato que não pode ser, e não é, desconhecido pelo Direito. Inexistência de nulidade do assento lançado em registro civil. - O STJ vem dando prioridade ao critério biológico para o reconhecimento da filiação naquelas circunstâncias em que há dissenso familiar, onde a relação sócio-afetiva desapareceu ou nunca existiu. Não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai sócio-afetivo. A contrario sensu, se o afeto persiste de forma que pais e filhos constroem uma relação de mútuo auxílio, respeito e amparo, é acertado desconsiderar o vínculo meramente sanguíneo, para reconhecer a existência de filiação jurídica. Recurso conhecido e provido.”

Porquanto, a recusa do investigado em submeter-se ao exame de pericial de DNA, hipótese da aplicação da presunção *juris tantum*, não poderá ensejar fundamento suficiente à confirmação e declaração da paternidade. Deve-se visar a tutela garantidora do direito família, e em especial, a compreensão da relação entre os envolvidos, respeitando-se, sobre tudo, as diferenças e valorando-se os laços existentes entre o suposto pai e o filho.

4.4 Da possibilidade de impugnação ao reconhecimento

O filho reconhecido, no exercício de sua liberdade e podendo insurgindo-se contra todas as provas presentes, poderá se opor ao reconhecimento. Dessarte, o Código Civil, especificamente no art. 1614, dispõe:

“Art. 1614. O filho não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade, ou à emancipação”.

Logo, preceitua o dispositivo normativo de duas possibilidades distintas: a) a primeira se refere à exigência do expreso consentimento do filho

¹⁴⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.266-267.

¹⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 878.941-DF. Terceira Turma. Recorrente: A. C. M. B. Recorrido: O. de S. B. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 21 de setembro de 2007.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600862840&dt_publicacao=17/09/2007>. Acesso em: 10 ago. 2013.

capaz reconhecido, à exceção clara da hipótese de reconhecimento por testamento; b) a segunda prevê o ajuizamento da “ação de impugnação de reconhecimento” no prazo decadencial de quatro anos pelo filho reconhecido que vier a atingir a maioridade ou emancipação¹⁵⁰.

Porquanto, tal artigo permite o entendimento de que o ordenamento jurídico assegura ao filho reconhecido o direito de consentir quanto à maternidade ou paternidade que lhe é imputada. Assim, averigua-se que na hipótese de filho capaz e com idade superior a dezoito anos, é indispensável o seu consentimento para que o reconhecimento se perfaça, sob pena de não gerar efeitos.

Ao consentimento do filho menor, é mister ressaltar que o mesmo é dispensável em virtude da sua incapacidade que impede a apreciação clara da sua manifestação de vontade. Por consequência, há uma presunção, observando-se que poderá o mesmo impugnar o reconhecimento durante os quatro anos seguintes ao início da maioridade ou emancipação. Exaurido o prazo decadencial e não havendo impugnação, pressupõe-se o seu consentimento.

Interessante se faz, neste aspecto, a distinção entre a norma prevista no artigo 1.614 do Código Civil da regra contida no artigo 27 do ECA¹⁵¹. Ambas estão em consonância com as disposições constitucionais que instituem um paradigma do instituto familiar prevendo as relações familiares insertas no âmbito da sócioafetividade. Todavia, ressalta-se alguns aspectos, a exemplo de que a primeira regra prevê a impugnação ao reconhecimento, com prazo decadencial de 04 anos, enquanto no Estatuto da Criança e do Adolescente está disposto o direito ao reconhecimento forçado mediante ação investigatória sem nenhum prazo, ou seja, imprescritível¹⁵².

Não obstante, frisa-se ainda que o artigo do Código Civil alude à impugnação do reconhecimento realizado, não havendo importância quanto à forma em que se deu. Já o texto legal do Estatuto da Criança e do Adolescente, faz

¹⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.5, p.360-361.

¹⁵¹ “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.” BRASIL, *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 set. 2013.

¹⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.271.

menção ao próprio direito de reconhecimento de paternidade e maternidade, diante da sua ausência, referindo-se explicitamente ao “estado de filiação”, que não obrigatoriamente será biológico como já se tem demonstrado.

Ainda, cumpre apontar a diferença entre a ação negatória de paternidade e a impugnação ao reconhecimento de paternidade. Diferentemente da impugnação do reconhecimento, de legitimidade do filho, a ação negatória de paternidade (ou maternidade) consiste no ajuizamento de demanda em desfavor do filho em razão de desconformidade ou ausência de veracidade no referido registro, almejando-se assim a sua anulação ou desconstituição. Nessa forma processual, embora geralmente proposta pela pessoa a quem se reconheceu a paternidade, são legitimados todos aqueles afetados diretamente ou indiretamente pelo reconhecimento. Geralmente, é utilizado com fundamento a ocorrência de erro, coação, ou algum vício formal do assentamento.¹⁵³

Mas, releva-se que a Constituição Federal cessou a analogia dos elementos da filiação à origem puramente biológica. Atualmente, há vigência da igualdade entre todos os filhos, não interessando o exórdio da filiação, tal como preponderância dos laços afetivos na proteção à família. E assim, nos casos de ajuizamento da ação negatória de paternidade, bem como na impugnação ao reconhecimento pelo filho, não bastará o fundamento da origem biológica para desconstituição da paternidade ou maternidade de acordo com interpretação dos dispositivos constitucionais cumulativamente com a legislação cível pertinente. Necessário posicionar relevante julgado, do mesmo Superior Tribunal de Justiça¹⁵⁴:

“Direito civil. Família. Criança e Adolescente. Recurso especial. Ação de anulação de registro de nascimento. Exame de DNA. Paternidade biológica excluída. Interesse maior da criança. Ausência de vício de consentimento. Improcedência do pedido. - As diretrizes devem ser muito bem fixadas em processos que lidam com direito de filiação, para que não haja possibilidade de uma criança ser desamparada por um ser adulto que a ela não se ligou, verdadeiramente, pelos laços afetivos supostamente estabelecidos quando do reconhecimento da paternidade. - A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do

¹⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.376-377.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 932.692-DF. Terceira Turma. Recorrente: P. H. P. de S. Recorrido: E. de S. S. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200700525078&dt_publicacao=12/02/2009>. Acesso em: 10 ago. 2013.

estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação. - O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento; não há como desfazer um ato levado a efeito com perfeita demonstração da vontade, em que o próprio pai manifestou que sabia perfeitamente não haver vínculo biológico entre ele e o menor e, mesmo assim, reconheceu-o como seu filho. - Valer-se como causa de pedir da coação irresistível, por alegado temor ao processo judicial, a embasar uma ação de anulação de registro de nascimento, consiste, no mínimo, em utilização contraditória de interesses, para não adentrar a senda da conduta inidônea, ou, ainda, da utilização da própria torpeza para benefício próprio; entendimento que se aplica da mesma forma ao fato de buscar o “pai registral” valer-se de falsidade por ele mesmo perpetrada. - O julgador deve ter em mente a salvaguarda dos interesses dos pequenos, porque a ambivalência presente nas recusas de paternidade é particularmente mutilante para a identidade das crianças, o que lhe impõe substancial desvelo no exame das peculiaridades de cada processo, no sentido de tornar, o quanto for possível, perenes os vínculos e alicerces na vida em desenvolvimento. - A fragilidade e a fluidez dos relacionamentos entre os seres humanos não deve perpassar as relações entre pais e filhos, as quais precisam ser perpetuadas e solidificadas; em contraponto à instabilidade dos vínculos advindos dos relacionamentos amorosos ou puramente sexuais, os laços de filiação devem estar fortemente assegurados, com vistas ao interesse maior da criança. Recursos especiais conhecidos e providos.”

Ora, mesmo que incontestável a origem biológica, a filiação de nenhuma forma deverá ser forçosa. Como apontado, compreende a filiação um direito, e não uma sujeição ou dever. E neste sentido, é dever do Estado respeitar e resguardar a liberdade dos indivíduos, sem que haja desconforme no que tange aos interesses e garantias do filho. Ao final, no que concerne ao instituto da impugnação, salienta Paulo Lobo¹⁵⁵:

“A impugnação do reconhecimento é exercício de direito a ter ou não como pai ou mãe quem reconheceu o titular como filho, havido fora do casamento ou da união estável, posteriormente a seu registro de nascimento. É o oposto da investigação da paternidade. Sendo assim, como ato de liberdade, não necessita provar a inexistência de origem genética ou qualquer outra situação que contrarie a paternidade ou a maternidade, tais como erro ou falsidade do registro, que são hipóteses distintas, contempladas no art. 1.614 do Código Civil. Essa é a inteligência possível e razoável do art. 1.614 do Código Civil, no contexto da filiação socioafetiva e do princípio constitucional da liberdade, nas relações familiares. Não se trata de perquirir o dado da biologia, para impor um pai a quem o rejeita.”

À vista disso, assevera-se que a paternidade está subordinada aos interesses do filho em detrimento daquele que o reconhece. Torna-se, pois, indispensável no âmbito das relações de filiação a vontade de se exercer a paternidade ou maternidade, compreendendo sobretudo o afeto. Em situação de inobservância de tais aspectos, à exemplo da aplicação da presunção *juris tantum* e

¹⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.270.

assentamento da filiação biológica em detrimento de paternidade sócioafetiva já existente, garante o direito de família a reexame da conjuntura de forma a resguardar o estado de filiação e tutelar o interesse do filho envolvido.

CONCLUSÕES

As normas de Direito de Família desenvolveram-se no sentido de não apenas conceber a família como núcleo fundamental da sociedade, mas garantir a ampla proteção às relações familiares, que envolvem as mesmas relações um complexo de direitos e deveres recíprocos entre os indivíduos vinculados.

Após a CF de 1988, houve a supressão de qualquer forma que individualize a filiação em razão de sua origem, consolidando-se o princípio da igualdade entre os filhos. Por consequência, modificou-se o entendimento discriminatório constante na legislação civil referente ao aspecto biológico e firmou-se o direito ao reconhecimento da paternidade, independentemente da situação familiar dos filhos.

Outrossim, a filiação, seja ela originada por consanguinidade, adoção, inseminação artificial heteróloga ou sócioafetiva, insere-se como qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai, ou mãe, e filho. Engloba em seu entendimento, por sua vez, não só a origem genética, mas aspectos no âmbito da convivência familiar e referentes à formação e desenvolvimento do indivíduo na sociedade.

Verifica-se no Código Civil duas formas distintas de reconhecimento de filiação, quais sejam o reconhecimento por espontaneidade do pai, de forma voluntária e elencados no artigo 1.609 do mesmo código, ou em razão de decisão judicial nas ações investigatórias de paternidade. Logo, não havendo o reconhecimento do estado de filiação por manifesta vontade do genitor, nas hipóteses previstas na lei civil, poderá o mesmo ser almejado perante o poder judiciário.

Na ação de investigação de paternidade, poderão ser produzidas provas documentais, testemunhais e periciais. Todavia, com advento da prova pericial do exame de DNA, que possibilita a determinação do vínculo genético com elevado grau de acerto, constata-se uma reformulação na perspectiva de apreciação das provas, havendo de certa forma uma preponderância desta em relação a outros elementos presentes no caso em análise.

Contudo, evidencia-se que a prova pericial do exame de DNA não é o único meio de prova capaz de estabelecer a paternidade, nem mesmo prova absoluta ou incontestável. Além do mais, não pode qualquer pessoa ser obrigada a fornecer material genético para a realização do exame pericial, hipótese esta reservada nas garantias constitucionais, como o direito à intimidade, à vida privada e a não obrigação de produzir provas contra si mesma, ainda que a própria lei estabeleça, nesse caso, a presunção da paternidade.

Assim, quando há a recusa injustificada do investigado em se submeter ao exame de DNA, a jurisprudência tem buscado a harmonia entre os direitos envolvidos (direito da intimidade, do acesso à justiça e da identificação do vínculo paternal), sem o atrito de seus valores e princípios, procurando atender ao critério da razoabilidade e da proporcionalidade. Dessa maneira, ao mesmo tempo em que resguarda o direito de uma parte de se recusar ao exame pericial, também atribui a outra o direito de se valer de técnicas probatórias para extrair efeitos processuais, no seu pleno direito de acesso à justiça. Entretanto, no caso concreto, é inerente que sejam observados alguns limites e considerados alguns aspectos na aplicação da presunção *juris tantum* para que não haja conflitos com outros princípios e garantias constitucionais.

Porquanto, acrescenta-se a existência da possibilidade de interpretação resultando em decisões que contrariam os princípios e valores consolidados no ordenamento jurídico brasileiro. Posto isto, é indispensável à ponderação de outros meios de prova, com a finalidade de provar o vínculo de paternidade entre os envolvidos, bem como deve a parte que se recusa ao exame ter o entendimento expresso das consequências jurídicas que a sua recusa implica. Além disso, não deve a sua aplicação estorvar os fundamentos da paternidade sócioafetiva, consagrada pelo direito de famílias brasileiro.

Ademais, há a possibilidade da impugnação da paternidade pelo filho reconhecido, mesmo que determinada a origem biológica. Assim, o direito de filiação não deve ser imposto, visto que, segundo a evolução jurídica demonstrada, está o direito de filiação vinculado aos interesses de ambos os envolvidos. Neste contexto, é fundamental a existência do afeto, qual seja, o anelo pelo desempenho das funções familiares no âmbito das relações de filiação.

O exercício da paternidade ou maternidade não deverá se limitar à geração do filho, e sim tratar-se de experiência a ser vivida por ambas as partes, havendo uma cooperação de conhecimento, obrigações, realizações e vivência mútua. Assim sendo, não é correta a desconsideração da relação sócioafetiva existente, à exemplo da aplicação da presunção juris tantum e assentamento da filiação biológica em detrimento de paternidade sócioafetiva já existente. Nas ações de investigação de paternidade, necessário se faz a compreensão da relação entre as partes, considerando-se, sobre tudo, as diferenças e prezando-se pelos laços existentes entre o suposto pai e o filho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 jun. 2013.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010*. Altera a denominação do Capítulo VII do Título VIII da Constituição Federal e modifica o seu art. 227, para cuidar dos interesses da juventude. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

BRASIL, *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 jun. 2013.

BRASIL, *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 03 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.373-4-RS. Tribunal Pleno. Paciente: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Impetrante: José Antônio Gomes Pinheiro Machado. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, 10 de novembro de 1994. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73066>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 498.398-MG. Terceira Turma. Agravante: Cláudio Donizete Prudêncio. Agravado: Tharli Max da Silva. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 10 de novembro de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300027814&dt_publicacao=10/11/2003>. Acesso em 10 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 57.505-MG. Quarta Turma. Recorrentes: Emília Helena Águas de Oliveira e Maria Júlia do Carmo Águas. Recorrida: Maria Aparecida Gomes de Oliveira. Relator: Min. Asfor Rocha. Brasília, 19 de março de 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199400370113&dt_publicacao=09/09/1996>. Acesso em: 03 jun. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 301*. Brasília, 18 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp>>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 301*: precedentes. Brasília, 18 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 256.161-DF. Terceira Turma. Recorrente: Ana Carolina Ribeiro dos Santos. Recorrido: Wagner Abadia de Sousa. Relator: Min. Ari Pargendler. Relatoria para acórdão: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 de fevereiro de 2002. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200000394556&dt_publicacao=18/02/2002>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 460.302-PR. Terceira Turma. Recorrente: Lorenz Henrique Helleis. Recorridos: Katharina Helleis e Outros. Relator: Min. Castro Filho. Brasília, 28 de outubro de 2003.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200596055&dt_publicacao=17/11/2003>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 878.941-DF. Terceira Turma. Recorrente: A. C. M. B. Recorrido: O. de S. B. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 21 de setembro de 2007.. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200600862840&dt_publicacao=17/09/2007>. Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 932.692-DF. Terceira Turma. Recorrente: P. H. P. de S. Recorrido: E. de S. S. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 18 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200700525078&dt_publicacao=12/02/2009>. Acesso em: 10 ago. 2013.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Fabris, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: família: sucessões*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves; SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. *Reconhecimento de filhos e a ação de investigação de paternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GOMES, Orlando. *Direito de família*; 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v.6.

GONÇALVES, Helena de Toledo. *A súmula 301 do STJ e seus precedentes*. Revista Processo, São Paulo, v. 30, n. 129, p.75-80, nov. 2005.

GOZZO, Débora. O direito fundamental à intimidade x o direito fundamental à identidade genética. *Direito das famílias - contributo do IBDFAM em homenagem a rodrigo da cunha pereira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.423-442.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito civil: estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Paternidade socioafetiva e o retrocesso da súmula 301 do STJ. *Revista jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Porto Alegre, v.54, n.339, p. 45-57, jan.2006.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 4. ed. São Paulo: RT, 1983. t. VII.

MARTINS, Antonio Darienso; OLIVEIRA, José Sebastião de. A prova na investigação de paternidade e a súmula n. 301 do STJ. *Revista CESUMAR Mestrado*. Maringá, v.6, n.1., p.301-338, dez. 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito de família*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.2.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v.5.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito de família*; v. 6, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v.6.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v.6.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A prova indiciária no novo código civil e a recusa ao exame de DNA. *Revista síntese de direito civil e processual civil*. Porto Alegre, v.6, n. 33, p.29-44, jan./fev. 2005.

WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.156-159.

ANEXO - PRECEDENTES DA SÚMULA Nº 301 DO STJ

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 498.398 - MG (2003/0002781-4)

RELATOR : MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

AGRAVANTE: CLÁUDIO DONIZETE PRUDÊNCIO ADVOGADO : CLOMOALDO FRANCISCO MONTANHA E OUTRO

AGRAVADO: THARLI MAX DA SILVA (MENOR) REPR.POR : VIVIANE DA CONCEIÇÃO SILVA ADVOGADO : WALLACE CALIXTO MIMAR EMENTA

EMENTA

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Investigação de paternidade. DNA. Recusa na realização do exame. 1. O posicionamento desta Corte é no sentido de que a recusa injustificada à realização do exame de DNA contribui para a presunção de veracidade das alegações da inicial quanto à paternidade. 2. Agravo regimental desprovido.

RECURSO ESPECIAL Nº 460.302 - PR (2002/0059605-5)

RELATOR : MINISTRO CASTRO FILHO

RECORRENTE : LORENZ HENRIQUE HELLEIS (MENOR)

REPR.POR : MARIA JOSÉ DE JESUS MOSS

ADVOGADO : HUMBERTO QUEIROZ E OUTROS

RECORRIDO : KATHARINA HELLEIS E OUTROS

ADVOGADO : LINO BORTOLINI E OUTROS EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE – PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E COISA JULGADA APRECIADAS EM AGRADO DE INSTRUMENTO TRANSITADO EM JULGADO – RECUSA DO RÉU EM SUBMETER-SE AO EXAME DE DNA – PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL - RECURSO ESPECIAL – AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO – FUNDAMENTO SUFICIENTE – SÚMULA 283/STF. I – Improperável o recurso especial, se o recorrente deixa de impugnar fundamento suficiente à manutenção do acórdão recorrido. Aplicação do enunciado n.º 283 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. II - Segundo a jurisprudência desta Corte, a

recusa da parte em submeter-se ao exame de DNA constitui presunção desfavorável contra quem o resultado, em tese, beneficiaria. Recurso especial não conhecido.

RECURSO ESPECIAL Nº 409.285 - PR (2002/0011489-0)

RELATOR : MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

RECORRENTE : MARCO ANTONIO GONÇALVES VALLE

ADVOGADO : MARCO ANTÔNIO GONÇALVES VALLE

RECORRIDO : JORGE COSTA NETO

ADVOGADO : SCARLETT YARA RINALDI DE CASTRO - DEFENSOR DATIVO

EMENTA

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PEDIDO DE ADIAMENTO PARA REALIZAÇÃO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. CPC, ART.565. JULGAMENTO NA DATA PREVISTA NA PAUTA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA N.211-STJ. EXAME DE DNA. RECUSA PELO RÉU. PRESUNÇÃO COMO PROVA. LIMITES.

I. "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo" - Súmula n.211/STJ.

II. Segundo a jurisprudência do STJ, a recusa do investigado em submeter-se ao exame de DNA constitui prova desfavorável ao réu, pela presunção que induz de que o resultado, se realizado fosse o teste, seria positivo em relação aos fatos narrados na inicial, já que temido pelo alegado pai.

III. Todavia, tal presunção nro é absoluta, de modo que incorreto o despacho monocrático ao exceder seu alcance, afirmando que a negativa levaria o juízo de logo a presumir como verdadeiros os fatos, já que não há cega vinculação ao resultado do exame de DNA ou a sua recusa, que devem ser apreciados em conjunto com o contexto probatório global dos autos.

IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido, para limitar a extensão dos efeitos da aludida recusa do investigado.

RECURSO ESPECIAL Nº 256.161 - DF (2000/0039455-6)

RELATOR : MINISTRO ARI PARGENDLER

R. P/ACÓRDÃO : MINISTRA NANCY ANDRIGHI

RECORRENTE : A C R DOS S

REPR. POR : MANOELA RIBEIRO DOS SANTOS

ADVOGADO : PAULO CORRÊA DOS SANTOS E OUTRO

RECORRIDO : WAGNER ABADIA DE SOUSA

ADVOGADO : JOÃO JACI JOSÉ PEREIRA

EMENTA

Recurso especial. Processual civil e civil. Recurso especial. Fundamentação deficiente. Divergência jurisprudencial. Investigação de paternidade. Exame de DNA. Réu. Recusa. Presunção de paternidade. Não se conhece o recurso especial em que se revela ausente a indicação, com a necessária exatidão, do dispositivo legal tido por violado ou que teve negada sua aplicação. Na hipótese de dissídio notório e evidenciando a leitura da ementa do acórdão paradigma a existência da divergência jurisprudencial, deve-se abrandar os rigores legais exigidos para a demonstração do dissídio, permitindo o conhecimento do recurso especial pela letra "c", do art. 105, III, da Constituição Federal. Ante o princípio da garantia da paternidade responsável, revela-se imprescindível, no caso, a realização do exame de DNA, sendo que a recusa do réu de submeter-se a tal exame gera a presunção da paternidade.

RECURSO ESPECIAL Nº 141.689 - AMAZONAS (1997/0052010-2)

RELATOR : MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

RECORRENTE : ÍTALLO COELHO PERES

ADVOGADO : JOSÉ CARLOS FERNANDES E FERNANDES

RECORRIDO : MAEL RODRIGUES DE SÁ

ADVOGADO : ADAIR JOSÉ PEREIRA MOURA E OUTRO

EMENTA

CIVIL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA.

I - A recusa do investigado em submeter-se ao exame DNA, marcado pelo juízo por 10 (dez) vezes, ao longo de quatro anos, aliada à comprovação de relacionamento sexual entre o investigado e a mãe do autor impúbere, gera a presunção de veracidade das alegações postas na exordial.

II - Desconsiderando o v. acórdão recorrido tais circunstâncias, discrepou da jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal.

III - Recurso especial conhecido e provido.

RECURSO ESPECIAL Nº 55.958 – RIO GRANDE DO SUL (94/0032252-6)

RELATOR : MINISTRO BUENO DE SOUZA

RECORRENTE : FERNANDO ANTONIO PEREIRA MAGNUS

ADVOGADO : JAURO DUARTE GEHLEN E OUTRO

RECORRIDO : FERNANDA KREMER WEINE

ADVOGADO : MARLISE BEATRIZ KRAEMER VIEIRA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME HEMATOLÓGICO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A recusa do investigado em submeter-se ao exame DNA induz presunção que milita contra sua irresignação.
2. Decisões locais que encontram fundamento em caudaloso conjunto probatório.
3. Ausência de contrariedade à lei federal.
4. Dissídio jurisprudencial não configurado, ante a diversidade das bases empíricas das hipóteses colocadas em confronto.
5. Recurso especial não conhecido.

RECURSO ESPECIAL Nº 135.361 – MINAS GERAIS (97/0039618-5)

RELATOR : MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR

RECORRENTE : DORIVAL ROSA E OUTROS

ADVOGADO : BADY ELIAS CURI NETO

RECORRIDO : DEBORA CONSUELO COSTA

ADVOGADO : LINDOURO ALFREDO DORNELAS

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA. "EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIUM". DNA.

- Deve ser afastada a alegação de "plurium concubentium" da mãe da autora, ao tempo da concepção, se os réus (irmãos e herdeiros do investigado) recusam submeter-se a exame de DNA, assim impedindo o juiz de apurar a veracidade da sua alegação.
- Elementos suficientes de convicção sobre a paternidade imputada ao investigado.

Recurso não conhecido.